



Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA) .

Harouna Saley Sidibe

► To cite this version:

Harouna Saley Sidibe. Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA) .. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2013. Français. NNT : 2013NICE0019 . tel-01124115

HAL Id: tel-01124115

<https://theses.hal.science/tel-01124115>

Submitted on 6 Mar 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE

En vue de l'obtention du
DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue par *Harouna SALEY SIDIBÉ*

Le 30 septembre 2013 à 14h30

Titre :

***LE SORT DES CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN
DROIT DE L'ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU
DROIT DES AFFAIRES (OHADA)***

JURY

Mr LE CORRE Pierre-Michel, Professeur à la faculté de droit de Nice (directeur de recherches)

Mme CERATI-GAUTHIER Adeline, Maître de conférences à la faculté de droit d'Aix-en-Provence (rapporteur)

Mme HENRY Laurence-Caroline, Maître de conférences à la faculté de droit de Nice (membre du jury)

Mme VIGNAL Nancy, Maître de conférences à la faculté de droit d'Aix-en-Provence (rapporteur)

Ecole doctorale : Ecole doctorale Droit et Sciences politiques, économiques et de gestion (ED-DESPEG)

Unité de recherche : Centre d'Etudes et de Recherches en Droit des Procédures (CERDP) – EA n°1201

Faculté de Droit et Science Politique ; Bureau 412 Bis (bâtiment principal) ; Avenue du Doyen Louis TROTABAS ; 06050 NICE CEDEX 1

L'Université de Nice Sophia Antipolis n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur

A mes parents qui m'ont tant soutenu face à l'adversité et aux difficultés.

Je tiens à remercier le Professeur Pierre-Michel LE CORRE pour avoir accepté de diriger cette thèse. Sa disponibilité et ses conseils me furent précieux et le demeureront aussi bien dans le cadre des mes prochains travaux de recherche que lors de ma future insertion professionnelle.

Merci également à tous mes relecteurs et à tous ceux qui ont contribué à l'aboutissement de cette thèse, par leur soutien et leurs encouragements.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
Aff.	Affaires
AGS	Association pour la Garantie des Salaires
AJ	Actualité jurisprudentielle
Am. J. comp. L.	American Journal of Comparative Law
Art.	Article de loi
Ass. Plen.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUDSCG	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement
AUF	Agence Universitaire de la Francophonie
AUPC	Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif
AUPSRVE	Acte Uniforme relatif aux Procédures Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
BICC	Bulletin d'Information Civile et Commerciale
BJE	Bulletin Joly Entreprise
BODACC	Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales
Bull.	Bulletin
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
C. ass.	Code des assurances
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil

C. pr. civ. ex.	Code de procédure civile d'exécution
C. trav.	Code du travail
C.com.	Code de commerce
CA	Cour d'Appel
Cass. Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. Ch. reun. cassation	Arrêt rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française
CCIP	Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris
CCJA l'OHADA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme/Cour Européenne des Droit de l'Homme
Cf.	Consulter
CGI	Code General des Impôts
Chron.	Chronique
CIMA	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
COJ	Code de l'Organisation Judiciaire
Coll.	Collection
Com. française	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Concl.	Conclusion
CPC	Code de procédure civile
CREDERSUMA Supérieure de la Magistrature	Centre de Recherche de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
D.	Décret/Recueil Dalloz

D. Aff.	Recueil Dalloz édition « Affaires »
D.cah.dr.aff	Dalloz, cahier droit des affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doc. (AN ou Sénat)	Documentation parlementaire
Dr.et patr.	Revue droit et patrimoine
Ed.	Edition
EIRL	Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée
ERSUMA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de
I'OHADA	
Fasc.	Fascicule
Gaz proc. coll.	Gazette des Procédures Collectives
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem (le même ouvrage)
Id.	Idem (au même endroit)
IR	Information Rapide
J.-cl.	Jurisclasseur (civil, commercial, pénal etc.)
J.O. OHADA	Journal officiel de l'OHADA
JCP E édition entreprise)	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique,
JCP G	Jurisclasseur périodique (édition générale)
JEX	Juge de l'exécution
JORF	Journal officiel de la République française
JurisData	Banque de données juridiques Editions- techniques -
Gazette du Palais	
L.	Loi
Leden	L'essentiel Droit des procédures collectives
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Loc. cit	Loco Citato (même référence citée)
LPA	Les Petites Affiches
Mél.	Mélanges
Obs.	Observations
OHADA Droit des Affaires	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du
Ohadata l'OHADA	Banque de données de la jurisprudence de
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Pan.	Panorama
Pedone	A. Pedone
PSE	Plan de Sauvegarde de l'Emploi
PUA	Presses universitaires d'Afrique
PUF	Presses Universitaires de France
R. J.com.	Revue de jurisprudence commerciale
RCDA	Revue congolaise de droit et des affaires
RD ban. Fin	Revue de droit bancaire et financier
RDB	Revue de droit bancaire et de la bourse
Req.	Chambre des requêtes
Rev. dr. aff. Int.	Revue droit des affaires internationales
Rev. Dr. Uniforme	Revue de Droit Uniforme
Rev. huissiers	Revue des huissiers de justice
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé

RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJT	Revue Juridique Thémis
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique-Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de droit commercial
RTDJA Affaires	Revue Trimestrielle de Droit et Jurisprudence des Affaires
s.	Et suivant
SCS	Société en Commandite Simple
Sem. jur. E. Aff.	La Semaine Juridique Entreprise et Affaires
SNC	Société en Nom Collectif
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Supra	Ci-dessus
T rég.	Tribunal régional (Tribunal régional hors classe de Dakar, Tribunal régional de Niamey)
t.	Tome
T. com.	Tribunal de Commerce
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance
TPI	Tribunal de Première Instance
Traité OHADA l'OHADA	Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 instituant l'OHADA
Traité révisé révision du traité OHADA	Traité de Québec du 17 octobre 2008 portant révision du traité OHADA
UEMOA	Union Économique et Monétaire Ouest Africaine

V.

Voir

Vol.

Volume

SOMMAIRE

(Une table des matières figure à la fin de l'ouvrage ; les chiffres renvoient aux numéros de pages)

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	V
SOMMAIRE	XI
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE.....	20
LE PERIMETRE DES CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA	20
TITRE I : LES CRITERES CLASSIQUES DE LA NAISSANCE DES CREANCES POSTERIEURES.....	25
CHAPITRE I : LE CRITERE CHRONOLOGIQUE	26
CHAPITRE II : LE CRITERE ORGANIQUE.....	91
CONCLUSION DU TITRE I	161
TITRE II : L'ADJONCTION DE CRITERES SPECIFIQUES D'UTILITE DE LA CREANCE POSTERIEURE	162
CHAPITRE I : LES CRITERES DE LA FINALITE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE.....	164
CHAPITRE II : L'INFLUENCE RELATIVE DES CRITERES DE NAISSANCE DE LA CREANCE POSTERIEURE SUR CERTAINES CREANCES	200
CONCLUSION DU TITRE II.....	230
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	231
DEUXIEME PARTIE	233
LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA.....	233
TITRE I : LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE.....	236
CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE	237
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE : LE DROIT DE POURSUITE DES CREANCES POSTERIEURES.....	269
CONCLUSION DU TITRE I	315
TITRE II : LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE	316

CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE	318
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE : LE CLASSEMENT DES CREANCES POSTERIEURES.....	362
CONCLUSION DU TITRE II.....	419
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	420
CONCLUSION GENERALE	421
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	426
ANNEXES	451
TABLE DES MATIERES.....	472

INTRODUCTION

« *Licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui deteriore conditionem* »
[Il est permis à quiconque d'aggraver la condition de ses créanciers en s'en créant de nouveaux]
(Adage de droit romain)

1. Le colonel Douglas MORTIMER, personnage de fiction joué par Lee VAN CLEEF, affirmait à l'attention de son débiteur : « *Je suis un créancier très patient. Quand le moment est venu, je me fais payer, quoiqu'il arrive* »¹. Bien que tirée d'une fiction ironiquement surnommée « *Western Spaghetti* », cette affirmation régit fort bien la situation des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture d'une procédure collective.

2. En effet, la procédure collective peut être appréhendée comme une action en justice qui place toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité économique, et se trouvant en cessation des paiements ou menacée par la cessation des paiements, sous le contrôle de la justice en la faisant bénéficier de la suspension des poursuites. Cette situation de suspension des poursuites est opposée à un grand nombre de créanciers qui jouxtent la procédure.

3. A ce dessein, le droit de la faillite avait pour champ d'application *rationae personae*, les personnes bénéficiaires du statut de commerçant, tout en s'appuyant sur une logique d'élimination du failli². Ce dernier était purement et simplement écarté par la mise en œuvre d'une procédure de répartition de ses biens entre les créanciers. C'est pour cette raison que le terme de banqueroute concrétisait le droit de la faillite, puisqu'il est d'origine italienne, « *banca rota* » et consistait à briser le banc du commerçant qui ne payait pas ses dettes en vue de l'écarter, par conséquent, du marché. La philosophie de l'époque était sous-tendue par le caractère infamant de la faillite. De ce fait, jusqu'aux législations modernes, le but de la faillite était de payer les créanciers, sans

¹ S. LEONE, *Et pour quelques dollars de plus*, 30 septembre 1965, Italie/Espagne/Allemagne de l'Ouest, 126 mn.

² E. ROUCOLLE, *Histoire du droit de la faillite en France : Une approche des représentations de la défaillance*, XIème Conférence de l'Association Internationale de management Stratégique, 13-14-15 juin 2001, Faculté des Sciences de l'administration, Université Laval, Québec.

que les circonstances entourant la situation du débiteur soient prises en compte. Dans le droit moderne des difficultés d'entreprise, à l'ouverture d'une procédure collective, les créanciers sont, *a priori*, tous soumis aux règles rigoureuses de la discipline collective qui limitent leur pouvoir d'action contre le débiteur en difficulté.

Les procédures collectives en tant que procédures consistant à déceler et à traiter les difficultés que rencontre une entreprise ont toujours existé, mais elles se sont accentuées avec les crises financières subséquentes³.

4. Actuellement, les difficultés des entreprises ont pris de l'ampleur avec la crise mondiale qui sévit depuis 2007. En effet, la crise mondiale a débuté en juillet 2007 et s'est matérialisée par une crise de liquidité et de solvabilité tant au niveau des banques que de l'amenuisement du crédit aux entreprises⁴. La crise a atteint son paroxysme pendant l'automne 2008 en provoquant une chute des cours des marchés boursiers et la faillite de plusieurs établissements financiers.

Ainsi, la crise ayant démarré aux Etats unis s'est, par la suite, étendue à l'Europe avant de s'internationaliser et de toucher le monde entier. En se référant aux statistiques de cette période, il est aisé de dire que la France a été sévèrement heurtée, surtout que la France ne bénéficiait déjà pas d'un bon positionnement dans le classement mondial des pays compétitifs⁵. L'internationalisation de cette crise n'a pas également épargné les Etats membre de l'OHADA. Bien que certains experts comme Madame Yolande DUHEM, directrice Afrique de l'Ouest et du Centre de la Société financière internationale (SFI)⁶, aient longtemps considéré que la crise n'aura pas d'impacts considérables en Afrique, la situation de certaines entreprises africaines s'est considérablement détériorée. Cependant, il faut reconnaître que ces difficultés sont plus structurelles et de gestion que liées à la crise.

Néanmoins, Madame DUHEM a précisé que : « (les) réformes de l'OHADA devraient permettre (aux) 16 pays francophones (actuellement l'OHADA compte 17 Etats

³ M. MENJUCQ, *Une rentrée de crise...*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2012, repère 5. Ch. DELATTRE, *La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ?*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2012, alerte 25.

⁴ V. l'ouvrage : H. BOURGUINAT et E. BRIYS, *L'arrogance de la finance : comment la théorie financière a produit le krach*, Paris : La Découverte 2009.

⁵ F. SAINT-CAST, *Impact de la crise sur les entreprises*, site Internet des Echos, 29 janvier 2012.

⁶ La Société financière internationale est l'institution du Groupe de la Banque mondiale chargée des opérations avec le secteur privé.

membres) *de dépasser leur niveau de progression (...)* ». Cette affirmation est d'ailleurs confirmée par la croissance des pays membres de l'OHADA dans le classement issu du rapport *Doing Business* dans lequel la Banque Mondiale et la Société financière internationales saluent les réformes instituées par les Etats parties⁷.

5. Un bref aperçu des défaillances des entreprises permet de se rendre compte que dès 2008, la crise économique a occasionné une hausse des liquidations et redressements judiciaires, parce que les Petites et Moyennes Entreprises (PME) ont été les premières touchées par la crise. En France, au cours de l'année 2008, les jugements d'ouverture de procédures collectives ont connu une hausse de 11% et près du trois-quarts des procédures collectives ouvertes ont directement été des liquidations judiciaires⁸. Ces chiffres permettent de mesurer l'effet de la crise sur les PME du secteur privé.

6. De manière générale, le principe veut que les droits des créanciers antérieurs soient gelés par l'effet du jugement d'ouverture et qu'ils se soumettent à une discipline dite collective requérant d'importants sacrifices. Subséquemment, les créanciers antérieurs ou dans la masse ne peuvent recevoir le paiement de leurs créances et la règle de l'arrêt des poursuites individuelles leur est applicable. En outre, cette catégorie de créanciers ne peut solliciter l'inscription d'une mesure d'exécution, tout en étant concernée par la suspension du cours des intérêts.

7. L'ensemble des règles constituant la discipline collective a été prescrit en vue d'asseoir un principe dit de l'égalité entre les créanciers. L'égalité entre les créanciers est un principe d'ordre public qui se fonde sur le quasi-slogan : « *une procédure collective pour un intérêt collectif qui garantit une protection de l'intérêt général* »⁹. En effet, le principe de l'égalité entre les créanciers est un principe constitutionnel¹⁰ qui n'est pas explicitement repris en droit privé dans la mesure où le Doyen

⁷ I. FEVILIYE, *Le rapport Doing Business 2010 : Le rapport Doing Business de la Banque Mondiale sur l'environnement des affaires : « Réformer en période difficile »*, RCDA octobre-décembre 2009, n°1, p.41-43. Ce rapport consiste à une série de rapports annuels de la Banque Mondiale sur les réglementations qui facilitent la pratique des affaires et celles qui la compliquent. V. également, Revue MIDAA, Cabinet Lazareff-Lebars, p.12.

⁸ J. LAURENT, *Les tribunaux de commerce plus sollicités en raison de la crise économique*, l'année économique et sociale 2008, Dossier n°154.

⁹ G. COLLIN, J.C. GUILLERAT et B. MOUNIER, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, 25 janvier 2003.

¹⁰ M. CABRILLAC, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, Mélanges BRETON DERRIDA, D. 1991, p.31. Voir également la devise de la République Française : « *Liberté-Egalité-Fraternité* ».

CARBONNIER précisait que : « *Il ne faut pas confondre l'égalité générale, à l'intérieur de la nation (visée par la constitution et la devise de la République Française) avec les égalités particulières, jouant à l'intérieur des groupes restreints (égalité des créanciers et des héritiers entre autres)* »¹¹. Seulement, le principe de l'égalité entre les créanciers comporte des exceptions parmi lesquelles le sort des créances postérieures.

8. Monsieur Serge BRAUDO, dans son dictionnaire électronique de droit privé français, définit la « *créance* » comme un droit qu'une personne, le « *créancier* », détient à l'encontre d'une autre personne appelée le « *débiteur* » qui lui doit la fourniture d'une prestation¹². Or, une même prestation peut concerner plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs ou les deux à la fois, puisque le débiteur est l'obligé du créancier. De la sorte, l'objet de la créance consiste en une obligation, soit de donner, soit de faire, soit encore de s'abstenir de faire¹³. Habituellement, on oppose la créance qui est un droit de caractère personnel au droit de propriété qu'on dit, à tort ou à raison, être un droit sur la chose¹⁴. En matière commerciale, le redressement judiciaire a été édifié pour assurer la garantie des emplois, tenter la sauvegarde de l'entreprise et pour, à défaut d'avoir pu parvenir au redressement de l'entreprise, chercher dans la liquidation, le meilleur moyen de protéger l'intérêt des créanciers. Ce qui fait de la créance, le socle du droit des entreprises en difficulté. La créance postérieure, quant à elle, est propre au droit des procédures collectives, dans la mesure où ce substantif concerne la créance dont la naissance est postérieure à la date du jugement d'ouverture. En France, le Code de commerce détermine la créance postérieure dans ses articles L622-17-I et L641-13-I, modifiés par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui prévoient respectivement que :

¹¹ Cf. A. STASI, *Les créanciers postérieurs confrontés au redressement en droit français et en droit italien*, thèse de doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2011, n°316, p.247.

¹² <http://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php>.

¹³ M. BILLIAU, J. GHESTIN et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, édit LGDJ.

¹⁴ Il existe un débat doctrinal sur la question de l'opposition entre le droit réel et le droit personnel. Le droit réel s'exerçant directement sur la chose, est absolu, en ce sens qu'il peut être opposé par son titulaire à toutes autres personnes (« *erga omnes* »), mais il ne peut l'être que sous une forme négative. Les tiers doivent respecter ce droit qui ne peut être méconnu par autrui, mais le titulaire ne peut exiger d'eux aucun acte positif. Quant au droit personnel, il n'est opposable qu'aux parties contractantes c'est à dire qu'il n'établit de rapports qu'entre le créancier et le débiteur, c'est seulement de ce dernier que le créancier peut exiger la prestation, objet du droit. Le droit personnel est dit relatif. La différence entre l'absolutisme du droit réel d'où découle son opposabilité « *erga omnes* » et la relativité du droit personnel doit toutefois être nuancée. Certes, le droit personnel n'oblige pas les tiers mais il existe à leur égard et comme tout droit subjectif, il doit être respecté par tous. D'autre part, le droit réel ne peut être opposable que si l'acte constitutif ou translatif du droit a été publié, surtout en matière immobilière.

« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ».

Et

« Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité ».

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, issu de la réglementation de l'OHADA, s'est également intéressé à la notion de créance postérieure dans une terminologie assez différente, puisque l'article 117 dudit Acte uniforme prévoit que : *« Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse (...) ».*

En tout état de cause, la notion de créance postérieure est étroitement liée à celle de continuation de l'entreprise en difficulté.

9. En effet, toutes les difficultés de l'entreprise ne sont pas censées conduire directement au démantèlement immédiat de la structure de production, puisque la prévention, la sauvegarde et le redressement judiciaire de l'entreprise, dans le droit moderne des procédures collectives, sont des procédures permettant de résoudre les difficultés ou de réorganiser l'entreprise en vue de sa reprise par un tiers. C'est dans ce cadre qu'intervient la continuation de l'entreprise en tant que mesure permettant une continuation de l'exploitation en vue du redressement de l'unité de production ou de sa revente *in fine*. C'est pour toutes ces raisons que le régime applicable aux créances postérieures vise à favoriser les partenaires de l'entreprise qui acceptent de l'accompagner tout au long de la procédure, en leur octroyant une faveur, voire une garantie de paiement¹⁵.

¹⁵ J. AZEMA, R. BESNARD-GOUDET et Alii, *Dictionnaire de droit des affaires*, Dictionnaires de Droit, Ellipses, p.154.

10. Au regard de tout ce qui précède, la présente recherche a pour ambition d'évaluer le sort des créances postérieures dans le cadre d'une méthode comparative, puisque deux systèmes juridiques élaborés dans deux zones géographiques différentes, à savoir la France et la zone constituée par les pays membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), seront le point focal de ce travail de recherches.

Une possible ressemblance entre les deux législations objet de la présente étude peut être évoquée dans la mesure où des raisons historiques établissent une identité des principes généraux du droit de la faillite, puis du droit des procédures collectives. Cependant, le contexte économique a été déterminant dans l'évolution des deux législations étant donné que la distinction entre les pays en voie de développement et les pays développés a introduit une dissension entre l'AUPC et la loi de sauvegarde des entreprises. D'ailleurs, en France, la loi américaine et plus précisément le *chapter eleven* de la loi sur les faillites aux Etats Unis a servi, indirectement, de modèle à l'élaboration de la loi de sauvegarde des entreprises¹⁶. Cette incursion de l'esprit du droit américain dans la loi de sauvegarde des entreprises sous-tend la rupture entre le droit français et le droit de l'OHADA des entreprises en difficulté.

Nos propos s'intéressant aussi bien au droit français qu'au droit de l'OHADA, il est dès lors opportun de commencer par examiner l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

11. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est une organisation internationale économique créée par le Traité signé à Port Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé par le Traité de Québec (Canada) du 17 octobre 2008.

Cette organisation internationale, au sens du droit international, est composée actuellement de dix sept (17) Etats membres, à savoir le Bénin ; le Burkina-Faso ; le Cameroun ; la Centrafrique ; la Côte d'Ivoire ; le Congo ; les Comores ; le Gabon ; la Guinée ; la Guinée-Bissau ; la Guinée-Équatoriale, le Mali ; le Niger ; la République

¹⁶ Cette filiation entre le droit français et droit américain doit être nuancée dans la mesure où la contractualisation est le maître mot de la loi américaine. Ce qui n'est pas encore le cas en France.

Démocratique du Congo (entrée en vigueur du Traité le 12 septembre 2012) ; le Sénégal ; le Tchad et le Togo¹⁷.

L'OHADA a mis en place plusieurs institutions permettant son fonctionnement normal.

Il s'agit, premièrement, du Conseil des Ministres composé des ministres chargés de la Justice et des ministres des Finances, il se réunit au moins une fois par an, sur convocation de son Président, à l'initiative de celui-ci ou du tiers des États Parties, et ne peut valablement délibérer que si deux tiers au moins des États Parties sont représentés. La présidence est exercée à tour de rôle par chaque partie pour une durée d'un an dans l'ordre alphabétique des pays.

Deuxièmement, le Secrétariat Permanent qui est l'organe exécutif de l'OHADA, ses principales attributions sont d'assister le Conseil des Ministres et de coordonner les activités des institutions ; de préparer et suivre la procédure d'adoption des Actes Uniformes ; de publier les Actes Uniformes au Journal Officiel de l'OHADA et d'exercer la tutelle sur l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Troisièmement, L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) est chargée d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats membres en droit harmonisé et en droit des affaires. Elle constitue, également, un centre de documentation et de recherche en matière juridique et judiciaire.

Quatrièmement, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) joue le rôle de l'organe juridictionnel, clé de voûte de la réglementation OHADA.

Enfin, la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernement ajouté par le Traité révisé est présidée par le Chef de l'Etat ou du Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres. Elle se réunit si besoin sur convocation de son Président, à son initiative ou à celle du tiers des Etats parties. Elle statue sur toute question relative au Traité et ne délibère valablement que si les deux tiers des Etats parties ont été représentés. Ses décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents.

¹⁷ V. annexe, la cartographie des Etats membres de l'OHADA.

12. Découle de ce bref aperçu, la question cruciale de savoir si le droit de l'OHADA est formellement un droit harmonisé comme l'indique son intitulé intégral.

Cette question sous-tend la problématique de la nature communautaire du droit de l'OHADA parce qu'il est facile de considérer, de prime abord, les règles distillées par l'OHADA, de droit communautaire, surtout lorsque le juge Kéba MBAYE affirmait que l'OHADA est « *une intégration juridique qui doit préparer avec d'autres organisations la consolidation de l'Union africaine par une intégration économique* »¹⁸. Mais, pour un auteur, eu égard au silence du Traité de Port Louis, même révisé, quant à la nature de l'OHADA et à la prise en considération de la conception restrictive des actes constitutifs des organisations internationales, il s'agit davantage d'une organisation de coopération interétatique¹⁹.

Le droit de l'OHADA entretient des rapports plus ou moins étroits avec les différents systèmes de droit dont il s'inspire, pour créer son modèle juridique spécifique. Cette spécificité permet au droit de l'OHADA, en plus de s'inspirer des autres systèmes juridiques, d'intégrer les règles de droit africain antérieur et d'opérer un renvoi aux réalités africaines, malgré leur caractère épars²⁰. De ce fait, selon un auteur, « *plus qu'un droit uniforme, l'OHADA institue un véritable système juridique pourvu d'institutions propres (dont) l'autonomie institutionnelle est encore confortée par la création d'un organe juridictionnel chargé d'assurer la cohérence de l'ensemble du système* »²¹.

Pour déterminer la nature du droit secrété par l'OHADA, un bref détour par les différents modes d'intégration juridique, à savoir l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation, s'impose.

En premier lieu, le mot « *harmonisation* » provient du latin *harmonia* et matérialise un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques afin de réduire et de

¹⁸ K. MBAYE, préface à B. MARTOR et alii, *Le droit africain des affaires issu de l'OHADA*, LITEC, 2^e éd., 2009.

¹⁹ I. KAMDEM FETZE, *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*, 43 R.J.T. 605, 2009.

²⁰ S. DOUMBE-BILLE, *A propos de la nature de l'OHADA*, Mélanges offerts à Majid BENCHIKH, éd. Pedone.

²¹ G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflit des lois*, Thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3, novembre 2009.

supprimer certaines contradictions²². Selon un auteur, « *l'harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement* »²³.

En deuxième lieu, l'unification est une combinaison des mots latins *unus*²⁴ et *facere*²⁵ et désigne l'action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique²⁶. L'unification apparaît dès lors comme le fait d'instaurer, dans une matière juridique, une réglementation détaillée et identique dans tous ses points, pour tous les Etats membres, tout en leur transférant une marge de manœuvre quant aux modalités de mise en œuvre des normes communes²⁷.

En dernier lieu, l'uniformisation, quant à elle, est formée par les mots latins *unus* et *forma*²⁸ et permet de donner une forme commune à un ensemble d'éléments ayant des parties identiques entre elles²⁹. De manière concrète, un auteur donne un exemple de l'uniformisation qui consiste dans le fait que : « *les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenu dans un instrument unique. (...) c'est ce support commun à tous les intervenants à une intégration juridique qui fait la particularité de l'uniformisation et la distingue de l'unification* »³⁰.

²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige / PUF, 2000, p. 423 ; É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 7, Paris, Gallimard, Hachette, 1971, p. 417-421 ; M. BOODMAN, *The Myth of Harmonization of Laws*, 39 *Am. J. Comp. L.* 699, 700-702, 1991 et J. ISSA-SAYEGH, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, *Rev. Dr. Uniforme* n°5, 1999 : « *L'aspect musical de cette définition est plus édifiant : harmoniser consiste à faire en sorte que toutes les parties concourent à un même but ou à un même effet mélodieux* ».

²³ I. FETZE KAMDEM, op. cit., R.J.T 605, 2009.

²⁴ Qui signifie « un ».

²⁵ Qui signifie « faire ».

²⁶ É. LITTRÉ, op. cit., p. 1450.

²⁷ L'article 249 (ex art. 189) du *Traité instituant la Communauté économique européenne* signé à Rome le 25 mars 1957, JOCE 340 du 10 novembre 1997, p. 173- 308 : « *une directive a certes un effet obligatoire à l'égard de tous les États membres. Toutefois chacun de ces États a la faculté de choisir la forme et les moyens les mieux appropriés pour assurer l'exécution des dispositions de ladite directive. Théoriquement, un traité de droit international constitue un autre exemple d'unification. Cependant les États profitent souvent du pouvoir qui leur est reconnu de choisir le support d'expression de leur consentement à un traité pour y apporter des ajustements substantiels* ».

²⁸ Qui signifie « forme ».

²⁹ É. LITTRÉ, op. cit., p. 1450 et 1451.

³⁰ I. KAMDEM FETZE, op. cit.

Le cas de l'OHADA est peu commun, puisque d'une part, les Actes Uniformes sont formulés d'une manière réglementaire et d'autre part, leur entrée en vigueur ne fait pas appel aux autorités législatives nationales, mais au Conseil des ministres en tant qu'institution de l'OHADA. Ainsi, toutes ces particularités permettent de dire que l'OHADA, malgré l'utilisation du mot « *harmonisation* » dans sa dénomination générale, n'est pas un droit harmonisé, mais un droit uniforme, fruit d'une uniformisation.

13. En tout état de cause, la réglementation portée par l'OHADA comprend, parmi une multitude de matières, les procédures collectives d'apurement du passif³¹. Aussi bien en France que dans les Etats actuellement membres de l'OHADA, le droit des entreprises en difficulté est passé par plusieurs transmutations législatives.

14. En France, plusieurs lois aussi importantes les unes que les autres se sont succédées pour créer le droit positif moderne des entreprises en difficulté. Le Code de commerce de 1807 comportait des dispositions sur la banqueroute qui permettait d'incarcérer le débiteur en faillite, d'où la critique selon laquelle ce système inquiétait plus le commerçant et en cela freinait l'activité commerciale.

La loi du 4 mars 1889 sur la faillite et la liquidation judiciaire laissait au débiteur la possibilité de redresser son entreprise au moyen d'un concordat passé avec les créanciers. Cette loi mettait au cœur du redressement de l'entreprise la bonne foi du débiteur. Ainsi, le débiteur de bonne foi était soumis à la liquidation judiciaire et le débiteur de mauvaise foi succombait à la faillite. De ce fait, ce sont la lenteur et le tardif désintéressement des créanciers qui ont sonné le glas de cette loi qui fut modifiée par le décret du 20 mai 1955.

Ce décret a permis d'introduire un changement terminologique et idéologique dans les procédures collectives. En ce sens, la procédure de règlement judiciaire est devenue le

³¹ Il faut surtout souligner que dans le cadre de l'OHADA, la porte n'est pas fermée à l'introduction de nouvelles matières, d'où des projets d'Acte Uniforme portant d'une part, sur le droit du travail et d'autre part, sur le droit du contrat. Article 2 du Traité de Port Louis prévoit à cet effet que : « *Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après* (sur la procédure d'adoption des actes uniformes) ».

principe et la faillite l'exception n'intervenant que lorsque le débiteur s'est rendu coupable d'agissements douteux ou lorsqu'il est de mauvaise foi.

La loi du 13 juillet 1967 a abrogé toutes les dispositions antérieures en permettant de soumettre l'entreprise pouvant être redressée à la procédure de règlement judiciaire et celle dont la situation est irrémédiablement compromise, à la procédure de liquidation judiciaire³². Cette modification ajoute, à côté du critère économique pour l'entreprise, un critère moral pour les dirigeants par le biais des sanctions civiles, patrimoniales et pénales prises en son encontre.

L'ordonnance du 23 septembre 1967 a créé une procédure de suspension provisoire des poursuites réservée aux grandes entreprises n'étant pas encore en cessation des paiements et dont la disparition pourrait causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale. Cette ordonnance fut abrogée et remplacée d'une part, par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et d'autre part, par la loi du 25 janvier 1985 permettant le redressement de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi. Cette dernière est aussi connue pour avoir instauré un traitement différencié et favorable aux créanciers postérieurs alors désignés en tant que créanciers de l'article 40. D'ailleurs, cette appellation est encore utilisée dans le langage des praticiens des procédures collectives.

La loi du 10 juin 1994 vient modifier les lois de 1984 et de 1985 en inscrivant parmi ses objectifs, l'amélioration du sort des créanciers.

L'innovation a été introduite par une réglementation moderne élaborée par le législateur français, il s'agit de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises. Elle-même modifiée, voire plutôt clarifiée dans certaines de ses dispositions par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

Le décret n°2009-160 du 12 février 2009 entré en vigueur le 15 février 2009, a complété cette ordonnance. Il porte également modification des procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

³² F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., D.1991, p. 1.

Le 4 mars 2011, le décret pour l'application de la Sauvegarde Financière Accélérée (SFA) a été publié apportant des précisions sur les procédures de restructuration financière des entreprises.

15. Les pays actuellement membres de l'OHADA n'ont pas connu cette frénésie législative édictée par le législateur français, concernant le droit des entreprises en difficulté³³.

En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif, la plupart des Etats actuellement membres de l'OHADA ont appliqué la loi française du 4 mars 1889 héritée de la période coloniale³⁴.

La vétusté de cette législation a aiguillé certains Etats vers l'entreprise d'un processus de révision plus ou moins réussie de leur législation nationale sur les procédures collectives³⁵. Il faut en outre ajouté à cette vétusté, la méconnaissance des procédures collectives par la plupart des systèmes juridiques coutumiers africains, ceci pose la question des difficultés de la réception des techniques juridiques dans l'ordre socio-économique local³⁶. En cela, les premières remarques ont sonné le glas des textes législatifs antérieurs, d'où la mise en place urgente d'un système moderne de traitement des situations d'insolvabilité par la plupart des Etats de l'Afrique francophone.

C'est le cas notamment du Sénégal qui a adopté la loi n°76-60 du 12 juin 1976 complétée par le décret d'application n°76-781 du 23 juin 1976 et du Mali où les articles 173 à 315 du Code de commerce ont repris les dispositions de la loi française du 13 juillet 1967.

³³ L'inflation normative est une des caractéristiques générales du système juridique français. Pour plus de détails v., A. LAMBERT et J.-C., BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, ministère de la réforme de l'état de la décentralisation et de la fonction publique, ministère délégué chargé de la décentralisation, 26 mars 2013.

³⁴ L'arsenal juridique applicable était composé du Code de commerce de 1807 tel que refondu par la loi du 28 mai 1938, de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935.

³⁵ Ce vent de réformes peut être exprimé par l'affirmation selon laquelle : « *Il vient (...) toujours un moment où, si bien conçus, si bien rédigés qu'ils soient, (les textes) cessent de répondre aux besoins et doivent disparaître. Ce sont des solutions provisoires, soumises (...) à la loi universelle du changement* », H. LEVY BRUHL, *Rapport aux travaux du 4^e colloque des facultés de droit et sciences économiques*, Droit-Economie-Sociologie, annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse, Paris, D.1959, p.80.

³⁶ D. ABARCHI, *Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives, à l'évolution socioéconomique*, thèse de doctorat en Droit Privé, Université d'Orléans, 1990.

Au Gabon, les lois françaises du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont été reprises par les lois n°7-86 et 8-86 du 4 août 1986.

Le Cameroun et le Benin intègrent dans des avants projets, les solutions françaises.

La Centrafrique a intégré l'ordonnance française du 23 septembre 1967 dans sa législation nationale.

Au Burkina Faso, une ordonnance n°91-043 du 17 juillet 1991 a créé une nouvelle procédure de redressement judiciaire qui est venue se superposer aux procédures déjà existantes.

La loi nigérienne n°97-40 du 19 décembre 1997 instituant le livre IV du Code de commerce a été une reprise, *in extenso*, des dispositions du projet d'Acte Uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif.

A la suite de toutes ces réformes législatives, l'OHADA s'est penchée sur la nécessité d'uniformiser le domaine des procédures collectives afin d'essayer d'atteindre ses objectifs principaux qui concernent la suppression de toute insécurité tant juridique que judiciaire et de favoriser les investissements dans la zone constituée par ses Etats membres. C'est ainsi que l'Acte Uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif a été adopté le 10 avril 1998 à Libreville au Gabon et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999³⁷.

16. Alors que dans la législation française actuelle, la tendance s'incline plus vers la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi, dans l'AUPC, la primauté du redressement de l'entreprise est beaucoup plus marquée que les autres objectifs³⁸. Pour cela, les auteurs s'accordent pour dire que l'AUPC s'inspire largement de la loi française du 13 juillet 1967 et/ou des lois africaines qui l'ont reprises, sans oublier certains aspects des réformes ultérieures, notamment sur la question du sort des contrats de travail³⁹.

³⁷ J.O. OHADA n°7, 01 juillet 1998, p.1 et s.

³⁸ ERSUMA, Session de formation des formateurs, Huissiers et greffiers, Module 1, communication de Maître Moussa SARR sur les Procédures collectives d'apurement du passif.

³⁹ F. M. SAWADOGO, *commentaire de l'AUPC, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e édition, Juriscope, 2008.

Cette distinction de priorité des objectifs de l'AUPC, selon l'époque des législations, provient de l'évolution même de la notion de faillite⁴⁰. De nos jours, le droit des entreprises en difficulté a un champ d'application beaucoup plus large, puisqu'il concerne toutes les entreprises commerciales, artisanales, agricoles, libérales et tous professionnels indépendants⁴¹.

Le droit des entreprises en difficulté dépasse ainsi le cadre unique et exclusive de la sanction du débiteur défaillant étant donné que les procédures, techniques et méthodes de prévention des difficultés des entreprises ont été prises en considération afin surtout d'assurer la détection prématurée et un traitement, en amont, des difficultés des entreprises⁴².

En France, le droit positif des entreprises en difficulté a pour principal objectif la sauvegarde de l'activité et de l'emploi, vient en dernier lieu, le remboursement des créanciers. Ces objectifs diffèrent nettement de ceux de l'AUPC qui met au cœur de son dispositif, l'apurement du passif, comme le souligne du reste sa dénomination intégrale : « *Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* ».

17. Quelque soit la législation prise en compte, le sort des créances postérieures s'oppose à deux impératifs contradictoires. D'une part, les créanciers postérieurs s'attendent à être payés spontanément et d'autre part, la situation du débiteur doit être apurée et pour cela, le gel de toutes les créances est primordial. Les deux éléments de ce dilemme juridique sont pertinents.

⁴⁰ J. R. GOMEZ, *OHADA : Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Le Droit en Afrique, BAJAG-MERI, op. cit., p.23 : « *La tentation pour tout législateur est de promouvoir une législation ambitieuse, susceptible de réaliser cumulativement toutes les fonctions assignées au droit des procédures collectives, à savoir, notamment, le paiement des créanciers, le paiement des salariés, le sauvetage de l'entreprise* ».

⁴¹ Pour F.M.SAWADOGO, l'état actuel des économies africaines recommande de limiter les ambitions extensives des procédures collectives à tous les débiteurs y compris les professions libérales : F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, collection Droit Uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002.

⁴² Article premier de l'AUPC : « *Le présent Acte uniforme a pour objet :
- d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ;
- de définir les sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice* ».

D'un côté, le redressement de l'entreprise va au delà de l'intérêt individuel du chef d'entreprise, en embrassant un intérêt collectif gouverné par l'entreprise en tant que noyau de l'économie nationale, voire pour des objectifs liés à la sauvegarde du tissu économique.

De l'autre côté, ayant participé et permis la continuation de l'activité du débiteur en difficulté, les créanciers postérieurs ont besoin d'être rassurés quant à la garantie du paiement de leurs créances, pour cela, ils ont tout intérêt à demander le bénéfice d'un régime de faveur.

18. Découle de cette contradiction, l'originalité de notre sujet intitulé : « *le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA* ».

En effet, en France, les solutions concernant le sort des créances postérieures ne sont pas nouvelles, nonobstant leur renouvellement régulier grâce à une construction législative dense et une activité jurisprudentielle prospère en la matière. A cela, s'ajoute l'intérêt que porte la doctrine pour le sort des créances postérieures.

En revanche, le constat n'est pas le même en droit de l'OHADA où il y a eu très peu de recherches portant, en général, sur le thème de la continuation de l'activité du débiteur et en particulier, sur le sort typique des créances postérieures. Par ailleurs, l'œuvre jurisprudentielle en la matière est quasi-inexistante.

19. Outre l'originalité de ce sujet, son intérêt pratique doit être évoqué, puisque le sort des créances postérieures intéresse autant les entreprises en difficulté, que les créanciers voulant eux-mêmes savoir faire confiance à une entreprise dont le sort est en « *suspens* ». Cela, afin de continuer les relations commerciales initialement engagées tout en s'assurant que tous les engagements contractuels seront tenus.

20. Pour arriver à analyser le sort des créances postérieures dans les deux systèmes juridiques, la méthode comparative sera utilisée, puisque le droit comparé, comme le disait le professeur Gérard FARJAT, est « *le plus court chemin pour la compréhension des phénomènes juridiques nationaux* »⁴³.

En droit, il existe deux principales approches comparatives, à savoir une approche intégrative qui consiste à faire ressortir les similitudes et une approche différentialiste

⁴³ G. FARJAT, *Droit économique*, PUF, Thémis, 1971, p. 17.

consistant à rechercher les différences afin de démontrer que les systèmes juridiques étudiés ne peuvent être rapprochés, puisque leur unification est impossible⁴⁴.

Dans le cadre de notre étude, l'approche fonctionnelle de la comparaison sera préférée car englobant les deux approches précitées, d'une part et d'autre part, « *dans le droit les seules choses comparables sont celles qui remplissent les mêmes fonctions* »⁴⁵. Ce choix découle du fait que les principes juridiques du droit des procédures collectives sont identiques en France et dans l'espace de l'OHADA. En effet, sera de mise, l'utilité pratique et non pas seulement l'utilité théorique de la comparaison, puisque « *les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité, il faut s'attacher à considérer leur dynamique plutôt que leurs aspects statiques, il faut déceler leur signification réelle plutôt que de rester accroché au relief thématique de ces lois* »⁴⁶. Dès lors, il paraît convenable d'établir un rapprochement entre les deux systèmes juridiques afin d'en tirer des conséquences⁴⁷.

Ensuite, la méthode analytique nous permettra de cerner les contours du sort des créances postérieures, dans ses particularités, tout en tentant de comprendre la philosophie générale du législateur de l'OHADA et de son homologue français, dans le dessein de modérer les carences pouvant être répertoriées.

Enfin, la méthode synthétique sera importante pour avoir une vision globale du sort des créances postérieures et, autant faire se peut, explorer les solutions procurées par le recours à d'autres droits pouvant régir les situations complexes qui découleraient des différents systèmes juridiques objet de la présente recherche.

21. De ce fait, ne rentrent donc pas dans le cadre de cette recherche, les procédures de prévention des difficultés des entreprises prévues par le droit français⁴⁸. Ces mesures ne s'attardent pas sur le sort des créances postérieures parce que pour la plupart, elles interviennent avant la cessation des paiements ou l'apparition des difficultés de nature à

⁴⁴ P. LEGRAND, *Droit comparé*, « Que sais-je », PUF, 1999, p.64.

⁴⁵ R. SCHLESINGER, H. W. BAADE, P.E. HERZOG, E.M. WISE, *Comparative law*, 6^e éd. 1998, p.48

⁴⁶ B. JALUZOT, *Méthodologie du droit comparé*, bilan et prospective, RIDC 2005, n°1, p.29.

⁴⁷ L'un peut-il nourrir l'autre ou vice versa ? C'est-à-dire déterminer s'ils pourront se nourrir mutuellement.

⁴⁸ Il s'agit là des procédures amiables de traitement des difficultés à savoir le mandat ad hoc (article L611-3 du code de commerce) et la procédure de conciliation (article L611-4 du Code du commerce).

conduire à la cessation des paiements⁴⁹. En revanche, le privilège de la conciliation est important dans le cadre de la procédure collective subséquente.

Comme les procédures de prévention du droit français, ne sera pas non plus retenue, la procédure de règlement préventif organisée par l'AUPC⁵⁰. Par son caractère de procédure tournée vers la prévention des difficultés de l'entreprise, la masse des créanciers n'a pas été prévue en règlement préventif. Ainsi, l'article 9 alinéa 1^{er} de l'AUPC, applicable en règlement préventif, prévoit que : « *La décision prévue par l'article 8 ci-dessus suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision* »⁵¹. Par ailleurs, l'AUPC exclut foncièrement du champ d'application de la procédure de règlement préventif, les créances postérieures au jugement d'ouverture, puisque ces dernières sont payées à leur échéance. En effet, il est reconnu que toute dette née régulièrement après la date du jugement de suspension des poursuites reste donc exigible normalement⁵². Ce mécanisme est celui de la continuation du paiement des créances postérieures, lesquelles sont présumées souscrites dans l'intérêt de l'entreprise. La difficulté jaillirait de la demande effectuée par ces créanciers pour obtenir un paiement au comptant de leurs créances. Nous pensons que cela ne devrait pas être interdit dans la mesure où la règle de la suspension des poursuites attachée au jugement d'ouverture du règlement préventif ne concerne exclusivement que les créances antérieures mentionnées dans le jugement de suspension des poursuites individuelles⁵³. D'ailleurs, pour confirmer cette exigence de mention de la créance dans

⁴⁹ Selon le dictionnaire de droit OHADA de A. BITSAMANA HILARION, la cessation des paiements se traduit : « *par l'impossibilité dans laquelle se trouve un débiteur ou une entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, c'est-à-dire de payer ses dettes échues* ». La jurisprudence française a récemment précisé l'étendue de l'actif disponible dans la mesure où « *qu'un immeuble non encore vendu ne constitue pas un actif disponible* » (note de Ch. LEBEL sous com., 7 février 2012, n° 11-11.347, JurisData n° 2012-001806, La cessation des paiements précisée, Sem. Jur. E. et Aff. n° 26, 28 Juin 2012, 1414).

⁵⁰ Article 2)1 de l'AUPC : « *Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.*

Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ».

⁵¹ C'est nous qui soulignons.

⁵² B. MARTOR et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Jurisclasseur Affaires/Finances, Litec, 2004, n°828, p.182.

⁵³ Jean-Michel MBOCK BIUMLA, *Le règlement préventif sous l'OHADA : La problématique de la notion des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites*, RTDJA, ch. 2.

le jugement, la Cour d'appel d'Abidjan a retenu, pour permettre le paiement d'une créance, que : « *la créance en cause, née antérieurement à la suspension des poursuites individuelles, n'a pas été visée par la requête du règlement préventif (et) il s'agit de conditions cumulatives* »⁵⁴.

Ne feront pas également partie de notre étude, les procédures propres aux organismes administratifs d'aide aux entreprises en difficulté⁵⁵ et celles mises en place par des lois spéciales, notamment en matière de difficultés d'établissements bancaires⁵⁶.

22. De ce fait, gouvernera nos recherches, la question de l'impact du droit des entreprises en difficultés, issu des systèmes juridiques français et de l'OHADA, sur la détermination et le traitement des créances nées postérieurement après le jugement d'ouverture de la procédure collective.

23. Ce questionnement sous-entend, dans un premier temps, qu'il sera important de commencer par se demander ce qu'est une créance postérieure, avant de s'interroger, dans un deuxième temps, sur la manière dont cette créance est traitée par les législations objet de la présente recherche.

24. A la lecture du Code de commerce français et de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, avec notre problématique en toile de fond, apparaît la nécessité de commencer par la détermination du périmètre des créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA

⁵⁴ Abidjan, n°842 du 11 juillet 2006, OHADA, Recueil de jurisprudence nationale 2010, n°2, décembre 2010, p305-306.

⁵⁵ Le Comité Départemental d'examen des problèmes de financement d'entreprises (CODEFI) ; le Comité Régional de Restructuration Industrielle (CORRI), le Comité Interministériel pour l'Aménagement des Structures Industrielles (CIASI) et le Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI).

⁵⁶ La faillite des établissements bancaires est régie par des dispositions différentes du droit commun, puisqu'en France conformément aux art. L13-24 et L613-31-10 C. mon. et fin., l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel est indispensable dans le cadre de l'introduction et de l'aboutissement de la procédure. Dans le cadre des difficultés des établissements bancaires en droit de l'OHADA, les procédures collectives sont dérogatoires au droit commun institué par l'AUPC, avec une forte implication administrative. En Afrique de l'Ouest, l'avis de la Commission Bancaire a été rendu obligatoire par l'art. 87 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire prévoyant que : « *L'ouverture d'une procédure de règlement préventif, instituée par l'AUPC, est, relativement à un établissement de crédit, subordonnée à l'avis de la commission bancaire* ». L'art. 88 de la même loi prévoit que : « *Les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, instituées par l'AUPC, ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit qu'après avis conforme de la commission bancaire (...)* ». La commission bancaire a deux rôles principaux à savoir celui d'une autorité administrative indépendante et celui d'une juridiction. En matière d'assurance, c'est la commission régionale de contrôle, en tant qu'organe régulateur de la CIMA qui intervient pour donner un avis préalable conforme. Pour aller plus loin, V. D. SAKHO, *Les droits communautaires des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Université Gaston Berger de Saint-Louis, Sénégal-DEA 2008.

(Première partie), avant d'envisager le régime juridique applicable aux créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA (Deuxième partie).

Première partie : Le périmètre des créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA

Deuxième partie : Le régime juridique applicable aux créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA

PREMIERE PARTIE

**LE PERIMETRE DES CREANCES POSTERIEURES EN
DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA**

25. Les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective sont celles qui sont également appelées créances de la masse ou contre la masse par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPC).

26. La question de la détermination du périmètre des créances postérieures n'est pas chose aisée, surtout lorsque cette étude concerne deux législations, voire deux systèmes juridiques différents. Cette difficulté provient principalement du fait que chacun des systèmes juridiques étudiés a ses particularités nées de la prise en compte du contexte interne de la vie des affaires.

27. Dans l'espace de l'OHADA, et depuis l'entrée en vigueur de l'AUPC, c'est l'article 117 qui s'intéresse aux créances postérieures et dresse leur contour.

En France, la situation est beaucoup plus complexe eu égard aux nombreuses réformes législatives intervenues depuis la loi de 13 juillet 1967. D'ailleurs, les réformes ont la plupart du temps permis de renouer avec les dispositions antérieures applicables aux créances postérieures. C'est notamment le cas de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a rendu applicables les solutions retenues par la législation antérieure à la loi de sauvegarde sur la non-nécessité d'une relation entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur. En effet, la frénésie législative du droit français sur la question du périmètre des créances postérieures a conduit à sa sophistication. Cela est une preuve évidente de la complexité du droit français des entreprises en difficulté.

28. Par ailleurs, il est important de remarquer que la loi du 13 juillet 1967 a servi de modèle à l'élaboration de l'AUPC et ce, concernant plusieurs de ses dispositions⁵⁷. De ce fait, comment expliquer qu'une loi de 1967 serve de modèle à un Acte Uniforme adopté le 10 avril 1998 ? N'y aurait-il pas un sérieux décalage temporel et forcément contextuel?

Pour comprendre cette référence à la loi française du 13 juillet 1967 par le législateur de l'OHADA dans le cadre de l'élaboration de l'AUPC, il faut avoir une lecture contextuelle de ladite loi. En effet, selon le Rapport du Sénat de l'époque :

⁵⁷ Cf. à l'esprit général des ouvrages : F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant, Collection Droit uniforme africain ; J. R. GOMEZ, *OHADA, Entreprise en difficulté*, éd. Bajag-Meri.

« La loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 avaient été adoptées dans une période de croissance économique, lorsque les défaillances d'entreprises représentaient 9.000 à 10.000 dossiers par an. Or, en 1984 et 1985, lorsque la réforme de ces dispositifs fut discutée, la crise s'était installée et les règlements ou liquidations judiciaires s'élevaient à près de 23.000 par an »⁵⁸.

Il se trouve qu'entre les années 1995 et 1998, les pays actuellement membres de l'OHADA ont également connu une période de croissance économique avec une moyenne de 3,7%, donc une croissance meilleure que celle de la période 1991-1994 qui était de 1,9%⁵⁹. Cependant, les effets de la crise n'ont pas pu être quantifiés durant cette période, puisque les entrepreneurs des pays actuellement membres de l'OHADA ont eu très peu recours au droit de la faillite.

Néanmoins, il ne faut pas passer sous silence le fait que l'AUPC s'est aussi quelque peu éloigné de la loi du 13 juillet 1967 sur certains points, parmi lesquels la situation des salariés qui a été améliorée.

29. En tout état de cause, l'emprunt à la loi du 13 juillet 1967 le plus significatif de l'AUPC reste la prise en compte de la notion de masse des créanciers. En effet, selon l'article 13 alinéa 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 : *« le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager »*. Par cette disposition, la loi du 13 juillet 1967 donne une base légale à la notion de masse, qui a pourtant été longtemps utilisée par le droit français des procédures collectives. Il faut cependant déplorer le fait que la loi du 13 juillet 1967 ne donne aucune définition de la notion, ni aucune précision quant à la nature de la masse.

Quoiqu'il en soit, il est d'acception générale que la masse n'est pas une société, puisqu'elle ne cherche pas à faire des bénéfices. Elle n'est pas non plus une association car la masse est automatiquement créée par le jugement qui ouvre la procédure collective. La masse apparaît alors comme une personne morale *sui generis* qui dispose

⁵⁸ J.-J. HYEST, *Rapport n°335*, Sénat, Session ordinaire de 2004-2005

⁵⁹ AFRIQUE : Histoire-Economie-Politique (1998-2001), L'économie africaine en 1998 : <http://afriquepluriel.ruwenzori.net/economie-a.htm>.

d'un patrimoine constitué par les biens du débiteur et qui permettront le paiement des créances détenues contre le débiteur⁶⁰.

C'est de la même manière que la notion de masse des créanciers est reprise dans l'article 72 alinéa 1^{er} AUPC selon lequel : « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* ».

30. Aussi bien sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967 que de l'AUPC issu du Traité de l'OHADA, la détermination de la nature des créanciers dans les procédures collectives se fait conformément à cette notion de masse des créanciers.

C'est dans ce cadre que le créancier dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture est soumis au régime des créanciers dans la masse ; alors que la créance née postérieurement au jugement d'ouverture bénéficie des faveurs applicables aux créanciers contre la masse. Cette distinction des créanciers appuyée sur la notion de masse existait, en France, bien avant la loi du 13 juillet 1967. En effet, les créanciers de la masse sont ceux dont les créances naissent postérieurement au jugement déclaratif et qui sont des créanciers de la personne morale, la masse des créanciers, puisque leur concours lui a profité⁶¹.

La même distinction a clairement été retenue par l'AUPC, puisque son article 72 alinéa 2 prévoit que : « *La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable (...)* ».

31. Par conséquent, l'objectif de cette première partie de notre travail de recherches consiste à savoir ce qu'est une créance postérieure et comment est-elle déterminée aussi bien dans la législation française que dans l'AUPC ?

Pour répondre à ce questionnement simple, il faut d'une part, étudier les critères classiques de la naissance des créances postérieures en droit français et en droit de l'OHADA (Titre I) ; et d'autre part, déterminer les contours de l'adjonction de critères

⁶⁰ C'est dans cet ordre d'idées que l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 traite de l'hypothèque de la masse qui constitue l'assiette destinée au paiement des créanciers dans la masse.

⁶¹ J. ARGENSON et G. TOUJAS, *Règlement judiciaire et Faillite : Traité et formulaire*, 3^e éd., librairies techniques, 1963, n°263, p. 295.

spécifiques d'utilité des créances postérieures dans les législations objet de la présente étude (Titre II).

TITRE I : LES CRITERES CLASSIQUES DE LA NAISSANCE DES CREANCES POSTERIEURES

32. Les critères classiques de la naissance des créances postérieures sont communs au droit français et au droit de l'OHADA des procédures collectives. Cette quasi-identité des critères de naissance des créances postérieures s'explique par l'identité même de la source historique du droit de la faillite. En effet, la loi française du 4 mars 1889 sur le droit de la faillite était applicable dans la plupart des anciennes colonies françaises actuellement membres de l'OHADA⁶².

33. Par ailleurs, le recours à la loi du 13 juillet 1967 en tant que modèle de l'AUPC, n'a pas totalement changé la situation étant donné que le critère temporel, encore appelé critère chronologique, demeure (Chapitre I). Cependant, contrairement à la loi du 13 juillet 1967 et conformément au droit des procédures collectives actuellement applicable en France, l'AUPC ajoute au critère chronologique, un critère organique lié à la régularité de la naissance de la créance postérieure (Chapitre II).

⁶² H. COULON, *La liquidation judiciaire et la faillite (Commentaire de la loi du 4 mars 1889)*, Paris, Marchal et Billard, 1890, p. 484.

CHAPITRE I : LE CRITERE CHRONOLOGIQUE

34. Le critère chronologique, encore appelé critère temporel, a toujours été important dans la détermination de la créance postérieure. En effet, le critère chronologique exige surtout de déterminer la nature antérieure ou postérieure d'une créance dans la mesure où le régime juridique de la créance diffère selon cette nature.

35. De ce fait, deux moments sous-tendent la détermination du critère chronologique de la naissance des créances postérieures. Il s'agit d'une part, du jugement d'ouverture de la procédure collective (Section 1) et d'autre part, de la période de poursuite de l'activité du débiteur (Section 2).

Section 1 : Le jugement d'ouverture de la procédure collective

36. Le jugement d'ouverture d'une procédure collective est le jugement rendu par le tribunal habilité à recevoir les demandes d'ouverture de procédure collective.

En France, c'est l'article L621-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce qui prévoit que le tribunal compétent est le tribunal de commerce pour les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale ; le tribunal de grande instance dans les autres cas⁶³.

En droit de l'OHADA, la situation est différente étant donné que l'article 4 de l'AUPC s'intéresse à la compétence territoriale interne et internationale. La compétence interne nous intéressant ici revient à la juridiction dans le ressort de laquelle le commerçant a son principal établissement ou la personne morale son siège social. En tout état de cause, la compétence d'attribution sera, en droit de l'OHADA, déterminée conformément à l'organisation judiciaire propre à chaque Etat membre⁶⁴.

37. Le jugement d'ouverture de la procédure collective pose d'une part, le problème de la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures (Paragraphe 1) et d'autre part, la question de la mise en œuvre pratique de cette délimitation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures

38. La question de la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures est une question épineuse qui révèle tout son sens en droit des procédures collectives⁶⁵. De la résolution de la question, dépend tout le régime applicable à ces

⁶³ CA Rennes, 3^e ch. Com. 18 octobre 2011, RG n°11/02954, note Ch. LEBEL : « Une société civile immobilière est une personne morale de droit privé non commerçante. Par conséquent, la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation est de la compétence exclusive du président du Tribunal de Grande Instance ».

⁶⁴ CA Abidjan, ch. civ. et com., arrêt n°383, 1^{er} avril 2005, Affaire: Société DLH NORDISK c/ Société HAIDAR BOIS EXOTIQUE, juris-Ohada, n°4/2006, p.40, Ohadata J-07-35: « La Cour d'appel d'Abidjan doit retenir sa compétence dès lors que la Cour d'Appel de Bouaké est fermée pour cause de guerre » ; V. également, TGI de Ouagadougou, jugement n°207/2005, 20 avril 2005, China International Water and Electric corporation c/ Bureau d'étude des Mines souterraines, Ohadata J-07-138 et Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n°099 du 23 juillet 2004, affaire : Société SOTIBA SIMPAFRIC, Ohadata J-09-342.

⁶⁵ Cass. Civ. 3^e, 7 octobre 2009, n°08-17620, GP 9 janvier 2010, n°9, p.14, note L.-C. HENRY (la nécessité du critère chronologique) ; Com. 1^{er} décembre 2009, n°08-12054, GP 17 avril 2010, n°107, p.18, note F. REILLE (la sanction de l'omission du critère chronologique) ; Com. 3 novembre 2009,

créances : « *le régime de la maltraitance pour les (créances) antérieures, le régime des soins attentifs pour les (créances) postérieures* »⁶⁶.

39. Ainsi, la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures nécessite le choix entre deux dates normalement en cause, à savoir la date de naissance de la créance (A) et la date de l'exigibilité de la créance (B).

A- L'importance de la date de naissance de la créance

40. Pour l'AUPC et la loi de sauvegarde, les créances postérieures sont celles qui sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture⁶⁷. En effet, les deux corps de texte prennent en compte, dans le cadre de la délimitation entre les créances antérieures et postérieures, la date de la naissance de la créance.

41. La question de la date de naissance de la créance pose deux questions sous-jacentes qui concernent d'une part l'évolution de la notion de naissance de la créance en droit français (1) et d'autre part, la détermination de la date du jugement d'ouverture (2).

1) De l'origine à la naissance de la créance en droit français

42. La notion de la date de naissance des créances postérieures a fait l'objet, en droit français d'une évolution terminologique qui a, à son tour, produit des effets sur la perception de la créance postérieure par le législateur.

a- L'évolution terminologique

43. En droit français, la situation n'a pas toujours été la même, puisque, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, l'ancien article L621-34 alinéa 1^{er} du Code de commerce avait fixé l'origine de la créance comme point de départ de la distinction entre la créance antérieure et la créance postérieure⁶⁸.

n°06-21881, GP 9 janvier 2010, n°9, p.14, note L.-C. HENRY (la nécessité de vérifier le critère chronologique).

⁶⁶ P.-M. LE CORRE, *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, D. 2005, p. 2297.

⁶⁷ Art. 117 AUPC : « *Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture* » ; C.com., art. L622-17 et L641-13 : « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture* ».

⁶⁸ C.com., art. L621-34 al. 1^{er} : « *tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers* » (c'est nous qui soulignons).

44. Sous l'empire de la loi de sauvegarde telle que modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L622-24 du Code de commerce prévoit désormais que : « *à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire (...)* »⁶⁹.

b- Les conséquences de l'évolution terminologique

45. Certains membres de la doctrine française considèrent que le remplacement de la notion d'origine par celle de naissance provient de la volonté du législateur de clarifier la délimitation entre les créances antérieures et postérieures⁷⁰. En effet, la naissance et l'origine sont, pour un auteur, deux notions proches sans pour autant qu'elles se confondent⁷¹. Ainsi, selon un autre auteur, l'origine est le commencement, la première apparition ou la première manifestation d'un fait ; alors que le fait générateur, notion de pure création doctrinale, est l'événement spécifique qui déclenche la créance⁷².

Cependant, la doctrine majoritaire soutient que la modification terminologique est sans conséquence aucune sur la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures⁷³. De ce fait, la référence à la date de naissance de la créance renvoie à la recherche du fait générateur de la créance en cause⁷⁴. En tout état de cause, la loi de sauvegarde a trouvé des solutions à certaines questions d'ordre pratique découlant de la détermination de la date du jugement d'ouverture.

2) La détermination de la date du jugement d'ouverture

46. Le jugement d'ouverture de la procédure collective est la ligne de démarcation indispensable à la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures. Ainsi, la détermination de la date du jugement d'ouverture, c'est-à-dire la date à partir de laquelle des créances postérieures pourront naître, dépend de la date de

⁶⁹ C'est nous qui soulignons.

⁷⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2012-2013*, Dalloz-Action, 6^e éd., novembre 2011, n°441-09.

⁷¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.12

⁷² J. VALLANSAN, *Act. Proc. Coll.*; 3 octobre 1993, n° 196.

⁷³ V. entre autres, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, op. cit., p. 11 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive*, LPA, 09 novembre 2004 n° 224, p. 41 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action 2012-2013, n° 441-09 ; F. PEROCHON, *Le sort des créanciers postérieurs*, LPA 10 juin 2004, n° 116, p. 16.

⁷⁴ V. infra, n°53.

prise d'effet du jugement d'ouverture et de la résolution de la question de l'extension de la procédure collective.

a- La date du jugement d'ouverture

47. En effet, conformément à l'article R621-4 alinéa *in fine* du Code de commerce applicable en sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires : « *le jugement d'ouverture de la procédure prend effet à compter de sa date* ».

En droit de l'OHADA, c'est l'article 52 de l'AUPC qui dispose que : « *La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur (...)* »⁷⁵.

48. Les juges français ont ajouté que : « *Tous les effets du jugement d'ouverture devant s'appliquer à compter de sa date, laquelle est réputée se situer entre zéro heure et vingt-quatre heures le jour de la décision, est donc nul le virement effectué le jour du jugement, la loi interdisant à compter de ce jour le paiement de toute créance antérieure* »⁷⁶. C'est pourquoi toutes les créances nées le jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective sont considérées être des créances postérieures au jugement d'ouverture.

Cependant, la question n'a pas été explicitement traitée par l'AUPC et elle n'a pas non plus été soulevée, lors d'un contentieux, devant les juridictions nationales ou la CCJA.

Dans la mesure où la question a été traitée par l'article 14 de la loi du 25 janvier 1985, intervenue pour modifier la loi du 13 juillet 1967 qui a elle-même servi de modèle à l'AUPC, nous pouvons à première vue penser que la même solution pourrait être retenue dans la zone de l'OHADA, afin de déterminer la nature des créances nées le jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective. Selon le professeur Filiga Michel SAWADOGO, il faut voir en l'article 52 de l'AUPC une reproduction de l'article 2 du décret n°88-430 du 21 avril 1988 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises qui disposait que : « *Le jugement*

⁷⁵ C'est nous qui soulignons.

⁷⁶ Limoges, 29 octobre 1991, Dr. Sociétés octobre 1992, n°204, obs. CHAPUT. Voir également Com. 2 octobre 2007, n° 06-20.

d'ouverture de la procédure prend effet à compter de sa date »⁷⁷. De ce fait, le jugement d'ouverture prend effet la première heure du jour de son prononcé, donc le jugement d'ouverture rétroagit à zéro heure de la date de la décision. La solution aurait certes le mérite de la simplicité.

Toutefois, la rétroactivité est une fiction juridique ; or les fictions juridiques sont de droit strict, puisqu'il n'y a pas de fiction sans texte⁷⁸. Dans la mesure où aucune disposition de l'AUPC ne prévoit expressément la rétroactivité du jugement d'ouverture à la première heure du jour de son prononcé, de notre point de vue, la rétroactivité du jugement d'ouverture ne saurait s'appliquer valablement au jugement d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif ouverte sous l'empire de l'AUPC. Dans cette hypothèse, la détermination de la date du jugement d'ouverture peut s'avérer compliquée, c'est-à-dire qu'elle sera déterminée au cas par cas et conformément à l'heure où la décision a été rendue. C'est pour cela qu'une clarification de l'AUPC ou de la CCJA serait la bienvenue.

b- L'incidence de l'extension de la procédure collective sur la détermination de la date du jugement d'ouverture

49. Dans un autre ordre d'idées, l'extension de la procédure collective, en vertu des articles L621-2, L631-7 et L641-1 du Code de commerce, permet l'ouverture de la procédure à l'égard d'une personne différente de celle qui fait l'objet de la procédure initiale, et pour cause de confusion de patrimoine ou de fictivité⁷⁹.

⁷⁷ F. M. SAWADOGO, note sous article 52 de l'AUPC, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008. V. également, les conséquences désavantageuses de la règle conformément aux articles 6 et 7 du règlement n° 15/2002/CM/ UEMOA du 19 septembre 2002 relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA.

⁷⁸ Com. 10 mai 2012, n° 11-17.626, publié au bull. V. également, V. HAIM, *De l'opposition à contrainte au contentieux de l'obligation de payer. - Un anachronisme peut-il rester sans incidence sur la solution d'un litige ?* Droit fiscal n° 52, 27 Décembre 1995, 100103.

⁷⁹ Com. 10 mai 2012, n° 09-12.642, Rev. proc. coll. n° 3, mai 2012, alerte 19, note M. MENJUCQ.TGI Bordeaux, 16 mars 2012, n°11-08151 (la confusion des patrimoines de deux associations) ; T. com. Bordeaux, 16 janvier 2012, n°2011L3377 (la participation des époux à la même entreprise) ; T. com. Bordeaux, 9 janvier 2012, n°2010F00754 (la confusion des patrimoines du donneur d'ordre et du prête-nom) ; T. com. Bordeaux, 13 avril 2012, n°2011L765 (la confusion des patrimoines de la société et des associés de la société) ; T. com. Bordeaux, 13 avril 2011, n°2011F147 (l'incidence des conventions passées entre les sociétés d'un même groupe de sociétés) ; T. com. Bordeaux, 1^{er} décembre 2010, n°2010F962 (l'extension de la procédure collective au vendeur du fonds de commerce) ; T. com. Bordeaux, 27 octobre 2010, n°2010F468 (le caractère anormal des opérations financières) ; T. com. Bordeaux, 20 octobre 2010, n°2010L2845 (les paiements des dettes de la société EURL par son gérant).

En droit de l'OHADA, c'est l'article 189 de l'AUPC qui est applicable à l'extension de la procédure collective au dirigeant de la personne morale qui s'est comporté comme un véritable maître de l'affaire⁸⁰.

50. En cas d'extension de la procédure collective, la jurisprudence française a décidé que le jugement d'extension de la procédure ne rétroagit pas à la date du jugement d'ouverture de la procédure initiale⁸¹. Par conséquent, c'est la date du jugement d'extension qui doit être prise en compte dans le cadre de la détermination de la nature antérieure ou postérieure des créances détenues contre le débiteur⁸².

En effet, une jurisprudence a permis d'étendre deux procédures collectives distinctes à l'encontre d'un tiers, en l'occurrence un Groupement Foncier Agricole (GFA), pour confusion des patrimoines⁸³. Cette décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation pose deux problèmes.

D'une part, en admettant la subsistance des deux procédures, la question de la double extension de procédures à l'égard d'une même personne se pose. Une telle position n'est-elle pas en contradiction avec le principe selon lequel « *faillite sur faillite ne vaut* »⁸⁴?

Pour plusieurs auteurs, la lettre de l'article L620-1 du Code de commerce ne semble pas s'appliquer à l'hypothèse de l'extension étant donné que « (elle) *n'entraîne pas une*

⁸⁰ Art. 189 de l'AUPC : « *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :*

- *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;*

- *disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;*

- *poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.*

La juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette ». V. également, F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, n°95, p.85.

⁸¹ Com., 28 septembre 2004, n° 02-12552, D. 2005, p. 292, obs. P.-M. LE CORRE ; RJ com. 2005, p. 70, note J.-P. SORTAIS.

⁸² Com.16 juin 2004, n° 01-17.234 ; Com., 20 février 2001, n° 98-12.768 ; RJDA 2001-6, n° 707.

⁸³ Com. 21 Septembre 2010, Rev. proc. coll. n° 1, janvier 2011, étude 3, Étude M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

⁸⁴ Principe consacré par C.com., art. L620-1 : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L626-29 et L626-30* ».

ouverture de procédure mais l'extension d'une procédure déjà ouverte et donc la reconnaissance d'une procédure unique »⁸⁵.

D'autre part, dans une hypothèse pareille, on est en présence de deux jugements d'extension distincts à l'égard de la même personne. Cela donne lieu à la prise en compte de deux jugements d'ouverture distincts dans le cadre de la détermination de la nature des créances. Cette solution a pour conséquence de compliquer encore plus la détermination de la nature des créances de la procédure collective.

En tout état de cause, la solution retenue par le droit français des procédures collectives quant à la détermination de la nature des créances, suite à une extension des procédures, semble être applicable en droit de l'OHADA. En effet, la question de l'extension de la procédure a été traitée à l'identique du droit français par les articles 189 à 193 de l'AUPC. Cependant, peut se poser la question de la valeur juridique, en pratique, des dispositions en matière d'extension de la procédure issues de l'AUPC, car l'interdépendance des entreprises est une situation fréquente en Afrique subsaharienne, par l'effet des techniques informelles de financement des entreprises⁸⁶. Néanmoins, cette objection pourrait être résolue par le recours au raisonnement par analogie tiré de l'espèce en droit français selon laquelle :

« La confusion de patrimoines justifiant l'extension d'une procédure collective implique un mélange de comptes ou des relations financières anormales entre deux personnes physiques ou morales se traduisant par un état d'imbrication inextricable des éléments d'actif et de passif des personnes considérées ; (...) la seule irrégularité d'opérations créditrices ou débitrices retracées dans une comptabilité ne caractérise pas la confusion des patrimoines ; (...) en retenant l'existence d'une imbrication des comptes ainsi que des flux anormaux entre l'association et l'exposant sur les seules constatations que des sommes destinées à l'association avaient été versées sur le compte personnel du second, que celui-ci avait utilisé la carte bancaire de la première à des fins personnelles, quand ces opérations étaient clairement identifiées, se prononçant ainsi

⁸⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 7^e éd., 2011, n° 382, p.236 ; P.-M. LE CORRE, op. cit., n° 213-42 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ 2012, n°280, p.151.

⁸⁶ V. infra, n°326.

par des motifs impropres à établir une confusion de patrimoines, la cour d'appel a violé l'article L621-2 du code de commerce »⁸⁷.

En effet, les conditions d'extension de la procédure pour confusion des patrimoines sont rigoureusement appliquées par la jurisprudence française. Cela joue, par ricochet, sur la détermination de la date de naissance des créances qui en seront issues. Néanmoins, l'exigibilité de la créance n'a aucune incidence sur la détermination de la nature antérieure ou postérieure de la créance.

B- L'indifférence de la date d'exigibilité de la créance

51. L'indifférence de la date d'exigibilité de la créance dans le cadre de la détermination de sa nature a pour conséquences, l'éviction pure et simple de la date d'exigibilité (1) qui sera remplacée par le recours au fait générateur de la créance (2) et à la neutralisation de la règle de la déchéance du terme (3).

1) L'éviction de la date d'exigibilité de la créance

52. La créance dont l'exigibilité intervient après le jugement d'ouverture d'une procédure collective peut-elle être considérée comme une créance postérieure, ou bien restera-t-elle cantonnée dans le domaine des créances antérieures ?

La réponse à cette question est identique aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA.

En effet, en droit de l'OHADA, le raisonnement par analogie permet de trouver la solution dans l'article 72 alinéa 2 de l'AUPC qui prévoit que : « *la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision (...) »⁸⁸.*

Quant au droit français, la jurisprudence a répondu en faveur de l'importance de la date de naissance de la créance en affirmant que la date d'exigibilité n'est d'aucune importance dans la délimitation entre les créances antérieures et les créances

⁸⁷ Com. 5 avril 2011 ; n°10-16.496, Gaz. Pal., 09 juillet 2011 n° 190, p. 16, note F. REILLE.

⁸⁸ C'est nous qui soulignons.

postérieures⁸⁹. L'éviction de la date de l'exigibilité de la créance tend vers le recours au fait générateur de la créance.

2) *Le recours au fait générateur de la créance*

53. Les juges français ont eu l'occasion de confirmer que c'est le fait générateur qui détermine la nature antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture d'une créance⁹⁰. La date d'exigibilité de la créance n'est que la date à laquelle le créancier peut s'attendre à être désintéressé par le débiteur, même si elle peut souvent coïncider avec la date de la naissance de la créance⁹¹.

C'est pour cela qu'en matière de contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur judiciaire, la redevance prévue est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif, peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible⁹².

L'AUPC ne s'est pas prononcé sur la question du fait générateur de la créance, mais le rapport final de l'ERSUMA sur les difficultés de recouvrement des créances énonce parmi ces difficultés, la méconnaissance de la règle selon laquelle, en présence d'un crédit-bail, *« les loyers impayés avant l'ouverture de la procédure collective tombent sous le coup de la suspension (créances antérieures), il ne devrait pas en être de même pour les loyers échus après l'ouverture de la procédure collective qui eux doivent être payés par le syndic (créances postérieures) »*⁹³. Notons au passage la confusion

⁸⁹ Com. 8 novembre 1988, n°87-11158 : la date d'exigibilité des cotisations sociales n'a pas été retenue par la cour ; Soc. 31 mai 2001 n°99-20982 : dans une affaire, la cour a souligné la prévalence du fait générateur sur la date d'exigibilité ; Com. 27 février 2007 n°06.11500 : Gaz. Proc. coll. 20 juillet 2007, p. 37, obs. L.-C. HENRY : Il a aussi été considéré que la date d'exigibilité des factures n'est pas importante.

⁹⁰ Com., 27 février 2007, n° 06-11.500.

⁹¹ Soc. 19 octobre 2000, n° 98-22.798 : Bull. civ. 2000, V, n° 338. Com. 5 avril 1994, n° 90-17.597 : Bull. civ. 1994, IV, n° 141 ; Rev. proc. coll. 1995, p. 303, n° 7 obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN et p. 224, n° 2, obs. B. DUREUIL. Com., 8 novembre 1988, n° 87-11.158 : Bull. civ. 1988, IV, n° 296 ; JCP E 1989, II, 15648, obs. M. CABRILLAC ; Rev. proc. coll. 1989, 227, n° 1, obs. B. DUREUIL ; D. 1989, p. 36, note A. HONORAT ; RJ com. 1989, 187, note C.-H. GALLET.

⁹² Com. 28 mai 2002 : Bull. civ. IV, n° 94 ; 2002. AJ 2124, obs. A. LIENHARD ; Act. proc. coll. 2002, n° 172, obs. J. VALLANSAN et GOLHEN ; JCP E 2003, n° 6, p. 269, obs. PÉTEL ; RTD com. 2002. 726, obs. A. MARTIN-SERF ; Dr. et patr. oct. 2002. 113, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; LPA 19 décembre 2002, note COURTIER ; Rev. proc. coll. 2003. 146, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁹³ M. SAMB et alii, *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal* », Rapport final, Trustafrica, ERSUMA, juillet 2012, p.45.

entretenue entre l'exigibilité, notamment des loyers échus et le fait générateur, ce qui dénote un manque de rigueur sémantique. En outre, le recours au fait générateur de la créance est confirmée par la neutralisation de la règle de la déchéance du terme.

3) La neutralisation de la règle de la déchéance du terme

54. L'article 76 de l'AUPC n'exclut expressément l'exigibilité des créances à termes qu'à l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens. Ainsi, pour un auteur, « (l'article 76) *montre que, dans l'esprit du législateur OHADA, l'absence de déchéance du terme devient la règle et l'exigibilité immédiate l'exception* »⁹⁴. Cependant, en pratique, il est aisé de comprendre que les choses ne sont pas aussi simples, puisque la plupart des entreprises font l'objet d'une liquidation des biens, sans avoir été en redressement judiciaire préalable. En tout état de cause, l'abandon de l'exigibilité immédiate des dettes non échues permet à la procédure de redressement d'atteindre son objectif principal qui concerne le sauvetage de l'entreprise et l'apurement du passif⁹⁵. Deux décisions de justice font ressortir cet objectif défini par l'AUPC. En premier lieu, il s'agit de la décision de la Cour d'appel d'Abidjan du 22 juillet 2003⁹⁶ et en second lieu, celle du 11 juin 2004⁹⁷.

La question de la déchéance du terme des créances non échues a également été traitée par la jurisprudence française, de la même manière qu'en droit de l'OHADA. En effet, La Cour de cassation rappelle, dans un arrêt, le caractère d'ordre public de la règle du maintien du terme malgré l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre le débiteur⁹⁸. En somme, les solutions en cette matière renforcent l'indifférence de la date de l'exigibilité de la créance dans le cadre de la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures et font de la détermination du fait générateur de la créance, le point de départ de cette délimitation. Alors, quid de la mise en œuvre pratique des règles de délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures ?

⁹⁴ S. TOE, *Approche critique de l'application judiciaire du droit des Procédures Collectives dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat en Droit. Perpignan : Université Via Domitia, 2010, p.191.

⁹⁵ Art. 2 AUPC précise que l'objectif principal de la procédure de redressement judiciaire est l'apurement collectif du passif du débiteur.

⁹⁶ CA Abidjan, arrêt n°1030 du 22 juillet 2003, K.B. c/ Société EQUIP-AGRO-CI, in *le Juris Ohada* n°1/2005, janvier-mars 2005, P.35.

⁹⁷ CA Abidjan, arrêt n°663 du 11 juin 2004, Société DAFNE et autre c/ SGBCI.

⁹⁸ Com. 21 février 2012 n° 11-30.077 (n° 220 F-P+B). Voir également, A. LIENHARD, *Redressement judiciaire : clause de déchéance du terme*, D. 2012 p. 607.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures

55. Contrairement au droit français, l'AUPC et la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) ne se sont pas étendus sur la question du fait générateur des créances fondant la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures. D'ailleurs, l'AUPC et la CCJA ne se réfèrent pas explicitement à la notion de fait générateur, mais à celle de la date de naissance de la créance telle que prévue par les dispositions contenues dans l'AUPC. Cependant, la détermination de la date de naissance d'une créance n'est pas chose aisée. C'est pour cela qu'une précision législative, réforme, ou jurisprudentielle, arrêt de la CCJA, sera nécessaire sur cette question. Pour le moment, c'est la jurisprudence française qui est prise en compte, dans un but comparatif, pour combler les lacunes de l'AUPC et de la CCJA sur cette question⁹⁹.

La jurisprudence française a retenu que pour connaître la date de naissance d'une créance, il faut en déterminer le fait générateur. En général, la détermination du fait générateur se fait d'une manière simple, puisqu'un seul moment sous-tend la naissance d'une créance¹⁰⁰.

Dans le cadre des contrats à formation et à exécution instantanée la détermination du fait générateur et par là, de la nature antérieure ou postérieure de la créance, ne se pose pas étant donné que la date de naissance et la date de l'exigibilité de la créance se rejoignent. C'est le cas notamment du contrat de vente conclu avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective et dont les marchandises objet du contrat ont été livrées en même temps que la conclusion du contrat¹⁰¹. Par ailleurs, même si le paiement n'intervient qu'après la date du jugement d'ouverture, cette créance est vraisemblablement une créance antérieure soumise aux formalités de déclaration au passif du débiteur et aux interdictions et suspensions y afférentes.

⁹⁹ J. KODO, *Éléments sur la date de naissance des créances*, Mémento Contrats et Droits de l'Entreprise, Editions Francis Lefebvre, 2005, n° 4121 ; J.M. MBOCK BIUMLA, *Le règlement préventif sous l'OHADA : La problématique de la notion des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites*, RTDJA.

¹⁰⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.12.

¹⁰¹ Loc. cit.

Dans d'autres cas, la détermination du fait générateur de la créance n'a aucune importance dans la mesure où elle ne porte aucune incidence sur son régime juridique. C'est l'exemple des créances que la jurisprudence soustrait à toute obligation de déclaration au passif : les créances alimentaires¹⁰².

56. En particulier, la détermination du fait générateur d'un grand nombre de conventions reste soumise à l'interprétation que font les juges du périmètre de l'article L622-24 du Code de commerce. Il en résulte l'apparition d'une divergence de solutions selon les décisions judiciaires et les revirements jurisprudentiels intervenus entre temps. C'est d'ailleurs dans ce que cadre qu'un auteur explique que :

*«Dès qu'elles sont un peu élaborées, les situations juridiques ne naissent pas directement en leur état définitif ; plusieurs situations se succèdent dans le temps : la première prépare la seconde, etc. Il en va des situations juridiques quelques peu raffinées comme des espèces naturelles : la naissance suppose une période de gestation. Autrement dit, la difficulté qui entoure la notion de fait générateur tient à la formation successive des créances (...). Parmi tous les éléments qui contribuent progressivement à la formation de la créance, il est nécessaire d'en choisir un qui sera qualifié de fait générateur. Le problème est ici de politique juridique, car la sélection d'un élément, plutôt qu'un autre, n'est pas neutre »*¹⁰³.

Par conséquent, le critère de la distinction paraît simple, puisqu'il y aurait une tendance naturelle à retenir un critère chronologique, le jugement d'ouverture, qui doit jouer le rôle de ligne de démarcation¹⁰⁴.

57. C'est pour tout ce qui précède que la détermination du fait générateur des créances se fait différemment qu'il s'agisse de créances contractuelles (A) ou de créances extracontractuelles (B).

¹⁰² Com. 8 octobre 2003, JCP 2004. II. 10012, note S. BECQUE-ICKOWICZ : «La créance, née de la prestation compensatoire, qui présente, pour partie un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à procédure collective».

¹⁰³ G. ENDREO, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTD com. 1984. 223.

¹⁰⁴ P.-M. LECORRE, art. précité, n° 71, p. 4.

A- Le fait générateur des créances contractuelles

58. La question du fait générateur des créances contractuelles s'appuie sur deux conceptions juridiques (1) qui ont conduit à un choix de la jurisprudence française (2).

1) Les conceptions juridiques en présence

59. A première vue, la recherche du fait générateur des créances contractuelles paraît dénuée de toute équivoque. Cependant, la détermination du fait générateur des contrats synallagmatiques met en conflit deux conceptions juridiques différentes.

a- La thèse volontariste

60. La « *conception volontariste* » donne une place de choix au principe de consensualisme, selon laquelle le fait générateur ne se détermine que dans la perfection du contrat, c'est-à-dire lors de sa conclusion¹⁰⁵. Conformément à cette conception, en présence d'une procédure collective, toutes les créances nées des contrats conclus antérieurement au jugement d'ouverture sont des créances antérieures ; alors que les créances nées des contrats conclus postérieurement au jugement d'ouverture sont des créances postérieures. Nous remarquons qu'en pratique, c'est le principe de consensualisme qui s'applique en matière de contrats à exécution instantanée¹⁰⁶.

b- La thèse économique

61. La seconde conception, de pure création prétorienne, propre au droit des entreprises en difficulté, retient que le fait générateur est déterminé par l'exécution du contrat, c'est la thèse économique¹⁰⁷. La thèse économique prend en compte la notion de prestation caractéristique qui est le plus fréquemment utilisée par le droit du commerce international en matière de contrat international¹⁰⁸. En effet, la prestation caractéristique est la prestation qui caractérise le contrat, qui lui donne son nom. Sa détermination requiert la détermination de la nature et de la fonction sociologique et

¹⁰⁵ E. PUTMAN, *La formation des créances*, Thèse Aix-Marseille III, 1987 ; S. TORCK, *La date de naissance des créances en droit civil*, LPA 9 nov. 2004, p. 25.

¹⁰⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. précité, n°224, p.15.

¹⁰⁷ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999. 772.

¹⁰⁸ J.- Cl. Com., Fasc. 2388 n°33 ; Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises ; M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Janvier 2002.

économique du contrat. Cela ne se détermine, pour chaque contrat, qu'individuellement, mais de manière collective par groupe de contrats.

2) Le choix de la jurisprudence française

62. En application de la thèse économique, la créance qui provient d'un contrat dont la prestation caractéristique a été exécutée avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective ne peut qu'être une créance antérieure.

Dans les contrats synallagmatiques, la prestation caractéristique est considérée être la prestation en nature, c'est-à-dire la prestation non monétaire¹⁰⁹. Par conséquent, la principale difficulté qui découle de l'application de la thèse économique provient de la détermination du fait générateur du contrat synallagmatique à exécution successive, du fait de l'incohérence même du droit à l'égard de ce type de contrats¹¹⁰. En effet, la catégorie des contrats synallagmatique à exécution successive pose des difficultés qui tiennent à la notion même de contrat successif¹¹¹. En tout état de cause, le pouvoir créateur d'effets juridiques du contrat est soit instantané¹¹², soit continu¹¹³. Mais la doctrine ne s'est pas mise d'accord sur ce qu'il convient de mettre dans la catégorie des contrats à exécution successive¹¹⁴.

63. En dépit de tout ce qui a été dit, la jurisprudence française retient la thèse économique et procède, à cet effet, à une étude casuistique des différents contrats synallagmatiques.

a- Le contrat de louage d'une chose

64. Il serait opportun d'étudier différemment la délimitation entre les créances antérieures et postérieures en matière de bail, avant de s'attarder sur le cas du crédit-bail.

¹⁰⁹ G. KAUFMANN-KOHLER et A. BUCHER, *Droit International Privé*, fascicule 2 ; Contrat International, Université de Genève, mars 2004.

¹¹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, *La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.41.

¹¹¹ M. PICQ, *La distinction des contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive*, thèse Grenoble II, 1994 ; J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, LGDJ 1969 ; BRIERE DE L'ISLE, *La notion de contrat successif*, D. 1957, chr. 156 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, J.-Cl. Contrats Distribution, Extinction du contrat fasc. 175 et 176 ; I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier 1984 ; Th. BONNEAU, *La durée dans les contrats*, J.-Cl. Contrats Distribution, fasc. 70 ; J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 et s.

¹¹² Ce qui engendre des contrats à exécution instantanée.

¹¹³ Ce qui engendre des contrats à exécution successive.

¹¹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, art. précité, p. 41.

a-1) Le bail

65. Le contrat de bail ou de location est le contrat par lequel une partie nommée le bailleur, confère à une autre partie appelée le locataire, la jouissance du bien loué pendant un laps de temps et moyennant une contrepartie financière versée par le locataire, le loyer.

66. En matière de bail et avant la clarification jurisprudentielle, les praticiens ont tenté de considérer que la créance de loyer naît du contrat de bail et que de ce fait, les loyers dus, tant que le contrat n'est pas résilié par les organes de la procédure, trouvent nécessairement leur origine antérieurement au jugement déclaratif. Pour un auteur, il est primordial d'insister sur la différence qui existe entre l'exigibilité et le fait générateur de la créance de loyer. Toujours selon le même auteur : *« Il est en effet fréquent que la créance de loyer soit exigible antérieurement au prononcé du jugement d'ouverture, mais couvrira une période postérieure au jugement d'ouverture. Dans ce cas de figure, la créance devra être considérée comme une créance postérieure »*¹¹⁵.

En pratique, il est possible de trouver, dans un bail, deux types de créance : une créance antérieure et une créance postérieure¹¹⁶. En effet, le loyer peut être à cheval entre une période antérieure et une période postérieure. Dans ce cas, la créance du loyer qui a un fait générateur antérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective est une créance antérieure ; alors que celle dont le fait générateur est postérieur au jugement d'ouverture est une créance postérieure¹¹⁷.

Les juges ont décidé dans une affaire que : *« La créance de loyer due pour la période de jouissance postérieure au jugement d'ouverture est une créance postérieure, qui n'a pas à être déclarée. A donc violé les anciens articles L621-32, L621-43 et L621-44 du Code de commerce l'arrêt qui la déclare éteinte au motif qu'elle avait été déclarée sans pouvoir spécial par une personne qui n'était pas la préposée du créancier »*¹¹⁸.

¹¹⁵ P.-M. LECORRE, art. précité, n° 71, p. 4.

¹¹⁶ Ceci vaut également pour le crédit-bail.

¹¹⁷ Com. 28 mai 2002 n°99.12275 D. 2002, p. 2124, obs. A. LIENHARD ; Rev. proc. coll. 2003, 146, n° 4, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Com. 28 mai 2002, n° 99-19.766 : Rev. proc. coll. 2003, p. 148, n° 10, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹¹⁸ Com.12 janv. 2010, n° 08-21.456, FS-P+B : JurisData n° 2010-051067, Rev. proc. coll. n° 4, Juillet 2010, comm. 160, Commentaire F. PEROCHON.

De ce fait, la différence de traitement entre les loyers antérieurs et les loyers postérieurs résulte de la détermination du fait générateur du contrat de bail, puisqu'il est trouvé dans la jouissance prouvée de la chose louée¹¹⁹.

67. La même solution a été reconduite concernant la créance de fermage¹²⁰ et les créances accessoires à la créance principale de loyer¹²¹. En revanche, le dépôt de garantie¹²² et l'indemnité de compensation de la dépréciation de l'immeuble due à l'octroi au preneur de la propriété commerciale naissent avec le bail¹²³. De ce fait, c'est la date de la conclusion du bail qui détermine leur régime¹²⁴.

Concernant, l'indemnité d'occupation des locaux loués après expiration du bail, le fait générateur se détermine conformément à l'occupation irrégulière des locaux.

La créance de la remise en état des lieux loués et de la restitution du bien en bon état naît de la dégradation des lieux, peu importe la date de la restitution des lieux, peu importe également la date de la demande d'exécution des travaux de remise en état¹²⁵.

La nature de la créance née du refus de renouvellement d'un bail est déterminée selon la date du congé donné¹²⁶.

a-2) Le crédit-bail

68. Concernant les redevances du crédit-bail, il a été jugé que : « *La redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement* ».

¹¹⁹ Com.15 octobre 2002, SCI Thiais Vaux c/Le Dosseur.

¹²⁰ Com.13 mars 2007, n° 05-21.610 Rev. proc. coll. 3/2007, p. 144, n° 2, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN et p. 164, n° 7, obs. Ch. LEBEL.

¹²¹ Com. 25 novembre 1997, n° 95-18.432 : Rev. proc. coll. 1998, 295, n° 13, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹²² Com. 5 juin 2007, n° 06-14.151 : Gaz. Pal. 2007, p. 3466, obs. L.-C. HENRY; Com. 23 janvier 2007, n° 05-13.995 D. 2007, act. jurispr., p. 448, obs. A. LIENHARD.

¹²³ Com. 14 avril 1992, n° 89-18.486 JCP G 1993, I, 3671, n° 12; Com. 4 octobre 2005, n° 03-19.367, Gaz. Pal. 2006, p. 202, obs. L.-C. HENRY; Cass. com. 30 mars 2005, n° 01-11.620 D. 2005, p. 1083, obs. A. LIENHARD.

¹²⁴ C'est la thèse volontariste qui est applicable dans ce cas.

¹²⁵ Com. 13 mars 2007, n° 05-21.504 Rev. proc. coll. 2007, p. 144, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Com. 15 octobre 2002, n° 99-18.914; Com. 26 mai 1998, n° 95-19.615, D. affaires 1998, 1132 ; RTD com. 1999, p. 510, obs. A. MARTIN-SERF.

¹²⁶ Com. 9 juillet 1996, n° 94-11.856; Cass. 3e civ., 28 juin 2000, n° 98-20.228 JCP E 2001, p. 173, n° 10, obs. M. CABRILLAC.

d'ouverture pour la prestation antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif, peu important la date à laquelle la créance est devenue exigible »¹²⁷.

En outre, les juges ont ajouté que : *« La créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration, et ne pouvait donc être éteinte en raison de l'irrégularité de cette dernière »¹²⁸.*

La même solution a été retenue en matière de crédit-bail immobilier, puisqu'il s'agit d'un crédit-bail qui finance des biens immobiliers professionnels déjà construits ou à construire.

Toujours en matière de crédit-bail ou de location financière, le fait générateur de l'indemnité d'utilisation après expiration du crédit-bail ou de la location financière se détermine selon l'utilisation intervenue après expiration du contrat.

69. Dans le cadre de la créance qui naît de la levée d'option d'achat par le crédit-preneur, un auteur a précisé que : *« (La créance) doit en effet être regardée comme une créance postérieure au jugement d'ouverture éligible au régime de l'article L622-17 du Code de commerce, et en tant que telle non soumise à la règle de l'interdiction des paiements et à l'obligation de déclaration au passif »¹²⁹.*

b- Le contrat de travail

70. Le sort du contrat de travail, à l'ouverture d'une procédure collective, doit être déterminé avant de s'attarder sur la nature des créances issues du contrat de travail.

¹²⁷ Com. 28 mai 2002, RJDA 10/02, n° 1052, p. 891.

¹²⁸ Com. 12 janvier 2010, n° 08-21.456, FS-P+B; JurisData n° 2010-051067; Bull. civ. 2010, IV, n° 4 ; Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 43, C. SAINT-ALARY-HOUIN; D. 2010, p. 203, obs. A. LIENHARD ; D. 2010, p. 1820, obs. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; RTD com. 2011, p. 777, obs. B. BOULOC ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 160, obs. F. PEROCHON.

¹²⁹ F. BARAT, *La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, RDBF n° 2, Mars 2010, dossier 13. Pour aller plus loin notamment sur les dangers pour le crédit-bailleur de déclarer la valeur résiduelle au passif, v. E. LE CORRE-BROLY, *La déclaration de créance du bailleur financier et du crédit-bailleur*, Gaz. Pal. 30 avril 2005, p. 14.

b-1) Le sort du contrat de travail

71. Avant la loi du 25 janvier 1985, le contrat de travail était soumis à la réglementation applicable aux contrats en cours, dans la mesure où le syndic pouvait, par son option, refuser la continuation des contrats de travail à durée déterminée ou dénoncer sur-le-champ, ou dans les jours suivant immédiatement l'ouverture de la procédure, les contrats de travail à durée indéterminée¹³⁰.

72. Depuis la loi du 25 janvier 1985, les contrats de travail continuent de plein droit après l'ouverture de la procédure¹³¹. De ce fait, leur dénonciation, fait générateur des créances qui en résultent, est nécessairement postérieure au jugement, ce qui rend applicable l'article 40.

Dans le cadre de la créance issue du contrat de travail, le fait générateur, la prestation caractéristique, est considéré être la fourniture du travail effectif par l'employé à l'employeur, et non pas le paiement réalisé ultérieurement¹³². Par conséquent, la créance de salaire et ses accessoires divers naissent de l'exécution de la prestation de travail¹³³. Conformément à une jurisprudence constante, le fait générateur de la créance se trouve dans le travail fourni et les cotisations dues sur les indemnités versées après le licenciement des salariés postérieur au jugement d'ouverture doivent bénéficier de l'article 40¹³⁴.

Cependant, la prime du treizième mois se fonde non pas sur l'exécution de la prestation de travail, mais, sauf exception conventionnelle, sur la comptabilisation du salarié parmi

¹³⁰ Conformément à l'art. 38 al. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 : « *Le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie* ». V. également, Soc. 31 octobre 1989, n°44452 ; Com. 5 mars 1985, n°83-17188 ; Soc. 13 novembre 1980, n°40109, publié au bulletin.

¹³¹ Conformément à l'al. *In fine* de l'article 37 (ancien) de la loi du 25 janvier 1985 : « *les dispositions (concernant l'option de l'administrateur judiciaire de continuer les contrats) du présent article ne concernent pas les contrats de travail* ».

¹³² F. DERRIDA, *Fait générateur des créances prioritaires de charges sociales*, D. 1993, p. 7.

¹³³ Com.19 mars 1991, n° 89-20.572;Com., 18 juillet 1989, D. 1989, somm. p. 288, obs. HONORAT; Com., 8 novembre 1988, n° 87-11.158 JCP E 1989, I, 18070, obs. M. CABRILLAC.

¹³⁴ Com. 20 février 1990, D. 1991. Somm. 3, obs. F. DERRIDA ; 2 mai 1990, 2 arrêts, D. 1990. IR.149 ; juillet 1990, D.1990. IR. 192, Rev. proc. coll. 1991.214, n° 9, obs. C. SAINT-ALARY HOUIN ; 19 mai 1992, préc. ; Paris, 3e ch. A, 29 mai 1990, Lafont, ès qual. c/ URSSAF Aude et autre ; 19 nov. 1991, relaté infra, p. 9 ; 9 déc. 1991, Sté Benoit c/ URSSAF Paris et autres ; 16 sept. 1992, D. 1993. Somm. 91, obs. F. DERRIDA.

les membres du personnel au jour du versement de ladite prime, il paraît alors primordial de lier sa naissance au versement de la prime¹³⁵.

b-2) La nature des créances issues du contrat de travail

73. En matière de promesse d'embauche, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que la créance du salarié apprenti n'est due qu'à partir de la prise d'effet du contrat qui en l'espèce n'a jamais eu lieu. De ce fait, l'AGS n'a donc pas à garantir une créance correspondant à une promesse d'embauche¹³⁶.

74. La nature de la créance née d'une obligation de non-concurrence se détermine, quant à elle, conformément à l'écoulement du temps. Il faut pour cela scinder la période antérieure et la période postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, d'où la naissance de deux créances : une créance antérieure liée à la période écoulée avant le jugement d'ouverture et une créance postérieure liée à la période postérieure au jugement d'ouverture.

75. Quant à l'indemnité de licenciement, la doctrine fait la distinction selon qu'elle s'acquiert progressivement au cours de l'exécution du contrat de travail ou selon qu'elle s'acquiert au moment du licenciement¹³⁷. Dans le premier cas, la date de l'exécution de la prestation de travail est prédominante, alors que dans le second cas, la date du licenciement sera prise en compte¹³⁸.

En somme, l'indemnité de préavis, l'indemnité de congés payés sur préavis, l'indemnité de licenciement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont le fait générateur, à savoir la rupture abusive du contrat de travail, est antérieur au prononcé du redressement judiciaire, ne peuvent être qualifiées de créances de l'article 40, peu important que ces créances n'aient été liquidées dans leur *quantum* que postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective¹³⁹.

c- *Le contrat de vente*

76. Afin de déterminer le fait générateur de la créance du prix de vente, il est important de préciser qu'en matière mobilière, la prestation caractéristique prise en

¹³⁵ Com.14 décembre 1993, n° 92-11.720 JCP E 1992, I, 168, n° 20, obs. Ph. PÉTEL.

¹³⁶ CA Lyon, ch. Soc. C, 25 août 2009, n°08/07513, Jurisdata n°2009-022681.

¹³⁷ F. PÉROCHON, op. cit., n°575, p.289.

¹³⁸ Soc. 26 janv. 2005, n° 02-44.341.

¹³⁹ TGI Castres, JEX, 12 mars 1998: LPA 2 juillet 1999, note DEVÉSA.

compte est la délivrance de la chose objet de la vente à l'acheteur, débiteur sous procédure collective, par le vendeur¹⁴⁰.

La difficulté naîtrait s'il avait fallu considérer le transfert de propriété attendu par l'acheteur comme étant la prestation caractéristique. Dans une telle hypothèse, la date du transfert de propriété serait considérée comme le fait générateur de la naissance de la créance. Cette solution n'a pas été adoptée par la jurisprudence qui admet que la délivrance de la chose est la prestation caractéristique, même lorsqu'il s'agit d'une vente avec clause de réserve de propriété¹⁴¹. Cependant, la jurisprudence relève l'importance du transfert de propriété en matière de contrat de vente immobilière dans lequel le transfert de propriété a été retardé¹⁴². En somme, un contrat de vente conclu avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective, mais dont la chose n'a été délivrée qu'après ce jugement d'ouverture, engendre une créance postérieure¹⁴³. Dès lors, la créance est antérieure si la chose a été délivrée avant le jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁴⁴.

77. La créance du prix de vente, convenu dans une promesse unilatérale d'achat, souscrite par le débiteur mis ultérieurement en redressement judiciaire, naît postérieurement au jugement d'ouverture si son bénéficiaire lève l'option après celui-ci¹⁴⁵. Dès lors, sauf à ce que l'administrateur judiciaire ait renoncé à la poursuite des contrats de promesse en cours, les vendeurs, bénéficiaires de la promesse peuvent réclamer le paiement du prix convenu.

Toutefois, il en va différemment lorsque la créance de prix a été admise au passif du promettant. En effet, la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif ayant

¹⁴⁰ Com., 3 avril 2001, n° 98-14.049 : Rev. proc. coll. 2002, p. 101, n° 5, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; Com. 15 février 2000, n° 96-17-884.

¹⁴¹ Com. 5 mai 2004, n° 01-17.201 JCP E 2004, 1292, n° 41 obs. M. CABRILLAC.

¹⁴² Com. 1er février 2000, n° 97-15.263 D. 2000, act. jurispr. p. 144, obs. A. LIENHARD; Com. 9 avril 1991, n° 89-18.817; Com. 22 oct. 1996, n° 94-12.546 (Pour une promesse de vente).

¹⁴³ Selon le dictionnaire électronique du Droit Privé de S. BRAUDO : « *La délivrance est l'opération juridique par laquelle une personne transfère un bien ou un droit à une autre, elle a lieu indépendamment de l'opération purement matérielle. Cette opération matérielle qui peut soit, être concomitante de la remise matérielle, soit avoir lieu après la délivrance juridique* ».

¹⁴⁴ G. BLANC, *La levée d'une promesse de vente au cours de la période d'observation fait naître une créance de prix privilégiée*, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2009, comm. 87.

¹⁴⁵ Com. 3 mai 2011, n° 10-18.031, F-P+B : JurisData n° 2011-007709, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 46, note C. SAINT-ALARY-HOUIN; D. 2011, p. 1279, obs. A. LIENHARD; D. 2011, p. 2069, obs. P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS; Gaz. Pal. 8-9 juill. 2011, p. 12, obs. E. LE CORRE-BROLY; RTD com. 2011, p. 798, obs. A. MARTIN-SERF; Act. proc. coll. 2011-10, comm. 148, L. FINLANGER.

l'autorité de chose jugée quant à la date de naissance de la créance déclarée, son antériorité par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective ne peut plus être contestée¹⁴⁶. Lorsque la créance d'un vendeur a non seulement été déclarée au passif, mais y a également été admise définitivement, sa demande en paiement doit être rejetée¹⁴⁷.

78. Au sens de l'article 826 du Code civil, la soulte compensant l'inégalité des lots n'est due qu'au moment du partage de l'indivision. Puisqu'elle résulte d'un état liquidatif valant partage définitif établi postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, la créance de soulte est une créance postérieure qui ne peut donner lieu à admission au passif d'un débiteur¹⁴⁸.

79. En matière de garantie des vices cachés, la jurisprudence considère que ladite garantie étant inhérente au contrat de vente lui-même, c'est la conclusion du contrat de vente qui doit être prise en compte dans le cadre de la détermination du fait générateur et non pas la découverte du vice¹⁴⁹. De ce fait, la créance de l'acquéreur née du défaut de conformité de la chose vendue trouve son origine au jour de la conclusion de la vente, et non à la date d'apparition du dommage¹⁵⁰.

d- Le contrat de prêt

80. Concernant les contrats de prêt, d'ouverture de crédit et autres contrats de remboursement en général, ils étaient considérés comme des contrats réels, c'est-à-dire des contrats unilatéraux qui devenaient parfaits par la remise des fonds. En effet, c'est le déblocage des fonds qui détermine le fait générateur de la créance de remboursement et non par le contrat lui-même¹⁵¹.

¹⁴⁶ C. com., art. L621-43 (rédaction antérieure à la loi de sauvegarde).

¹⁴⁷ Com. 3 mai 2011, n°10-18.031.

¹⁴⁸ Com. 3 novembre 2010, n°09-14.600, n°1103, F-P+B : JurisData n° 2010-020162, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, comm. 75, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

¹⁴⁹ Com.18 janv. 2005, n° 02-12.967 ; Cass. 3e civ., 23 mai 2007, n° 06-14.988 RDBF, mai-juin 2007, p. 20, n° 112, obs. F.-X. LUCAS ; Com.18 février 2003, n° 00-13.257 Rev. proc. coll. 2003, p. 312, n° 4, obs. O. STAES ; Com. 8 juin 1999, n° 96-18.840 : JCP E 2000, 127, n° 17, obs. M. CABRILLAC.

¹⁵⁰ Com. 2 octobre 2012, n°10-25.633, F-P+B

¹⁵¹ F. PÉROCHON, op. cit., n°564 et s.

Les juges ont également décidé que la naissance de la créance de remboursement d'un prêt consenti conformément au Code de la consommation est déterminée par l'acceptation de l'offre de crédit¹⁵².

En matière d'ouverture de crédit, le fait générateur est déterminé par l'utilisation des fonds alloués par l'établissement de crédit¹⁵³.

En matière de prêt, le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas, en effet, un contrat réel, mais un contrat consensuel qui se forme à la date de l'acceptation de l'offre préalable et non à celle de la remise des fonds. De ce fait, c'est la date de l'acceptation de l'offre préalable de crédit qui sera prise en compte aux fins de la détermination de la nature antérieure ou postérieure de la créance. La prise de position de la jurisprudence n'a pas empêché les divergences quant à la détermination du fait générateur des créances issues de contrats de prêt. Par deux arrêts du 14 janvier 2010, la première chambre civile revient sur les notions de prêt consensuel et de prêt réel et, dans le premier cas, assouplit la jurisprudence en faveur de l'emprunteur.

D'une part, *« Si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds. La Cour d'appel, qui a relevé que la signature de l'offre préalable de prêt n'emportait pas la preuve que l'emprunteur, qui contestait avoir reçu la somme prêtée, l'avait perçue et que faute d'apporter une telle preuve, la société de crédit n'apportait pas celle de sa créance, a légalement justifié sa décision »*¹⁵⁴.

D'autre part, *« La convention n'en est pas moins valable quoique la cause n'en soit exprimée, de sorte qu'il incombait (aux personnes) qui avaient signé les reconnaissances de dette litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celles-ci, que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations »*¹⁵⁵.

¹⁵² Com.11 février 2004, n° 01-11.654 JCP E 2004, 783, n° 16, obs. Ph. PÉTEL.

¹⁵³ Com. 21 janvier 2004, n° 01-01.129 RDBF 3/2004, p. 178, n° 108.

¹⁵⁴ Civ. 1^{re} 14 janvier 2010 pourvoi n° 08-13.160.

¹⁵⁵ Civ. 1^{re} 14 janvier 2010 pourvoi n° 08-18.581.

Il ressort de tout ce qui précède que le contrat de prêt est réel lorsque les deux parties sont des particuliers et consensuel lorsque l'une des parties est un professionnel du crédit¹⁵⁶.

Dans le premier cas, la remise des fonds est à la fois condition de validité du contrat et cause de l'obligation de remboursement, le prêteur qui réclame le remboursement des fonds doit justifier de leur remise préalable.

Dans le cas d'un prêt consenti par un établissement de crédit, sa validité ne réclame rien d'autre qu'un accord de volonté¹⁵⁷. La signature du contrat de prêt par l'emprunteur fait présumer que son engagement est causé et la remise des fonds n'est plus que le premier acte d'exécution du contrat¹⁵⁸.

81. Cependant, la Cour de cassation a considéré que la créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective a son origine avant le jugement d'ouverture, même si les fonds sont libérés après¹⁵⁹. En effet, « *les échéances de remboursement de prêts accordés à un débiteur avant sa mise en redressement judiciaire sont des créances nées avant l'ouverture de la procédure collective soumises comme telles à déclaration au passif et dont l'admission doit être prononcée* »¹⁶⁰. Selon un auteur, si le contrat avait été conclu après le jugement d'ouverture, les créances auraient été privilégiées¹⁶¹.

e- Le cautionnement

82. En matière de cautionnement, la caution qui a payé le créancier dispose de deux recours après paiement, à savoir une action personnelle et une action subrogatoire, lui permettant de se faire rembourser par le débiteur principal soumis à une procédure

¹⁵⁶ Selon Lexique des termes juridiques 2010, 17^e éd., D. 2009, le Contrat réel est le « *Contrat dont la validité est subordonnée à la remise d'une chose* » alors que le consensualisme « *Principe reconnaissant la perfection du contrat par le simple échange des consentements, en dehors de toute forme* ».

¹⁵⁷ Civ. 1^{re}, 7 avril 2009, D. 2009. AJ 1203, obs. AVENA-ROBARDET ; ibid. 2080, note GHESTIN ; JCP 2009, n° 27, p. 27, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; RLDC 2009, n° 3449, obs. MAUGERI ; Banque et Droit 126/2009, p. 18, obs. BONNEAU ; Defrénois 2009. 1942, note FRANÇOIS. ; Civ. 1^{re} 19 juin 2008, D. 2008. AJ 1827, obs. DELPECH ; ibid. 2008. Chron. C. cass. 2363, n° 5, obs. CRETON ; ibid. Jur. 2555, note CHÉNEDÉ ; RTD com. 2008. 603, obs. LEGAIS.

¹⁵⁸ Civ 1^{re}, 27 juin 2006, D. 2007. Pan. 753, obs. MARTIN ; CCC 2006, n° 221, note LEVENEUR.

¹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ. 28 mars 2000, D. 2000, p. 239, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2000, 898, concl. J. SAINTE-ROSE.

¹⁶⁰ Com.11 mai 2010, n° 09-13.106, F-D: JurisData n° 2010-005990.

¹⁶¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Échéances d'un prêt*, Rev.proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 44.

collective¹⁶². La nature de la créance dépendra de la nature de l'action exercée par la caution¹⁶³. Si la caution exerce une action subrogatoire, la nature de la créance sera déterminée par le fait générateur retenu pour ce genre de créance¹⁶⁴.

83. Ainsi, dans une affaire, la Cour de cassation s'est demandée quelle était la nature de la créance détenue par un cofidéluséur par rapport au jugement d'ouverture de la caution *solvens* ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation estime que : « *la créance de la caution qui a payé la dette et qui agit contre son cofidéluséur sur le fondement de l'article 2033 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement de caution* »¹⁶⁵. Bien que la solution ait été retenue en matière de recours entre cofidélusés, elle peut aussi concerner l'exercice d'un recours contre le débiteur par la caution *solvens*¹⁶⁶. En effet, selon le professeur Pierre-Michel LE CORRE :

« *Il semble ainsi, par extrapolation, que le recours subrogatoire ou personnel de la caution solvens fait naître, quelle que soit la date du paiement, une créance antérieure, dès lors que le cautionnement a été souscrit antérieurement au jugement d'ouverture du débiteur principal, dans le cadre du recours contre le débiteur principal, antérieurement au jugement d'ouverture du cofidéluséur, s'il est question de recours entre cofidélusés* »¹⁶⁷.

84. C'est dans ce cadre que lorsque la caution décide d'exercer une action personnelle, après plusieurs hésitations¹⁶⁸, la jurisprudence a admis que la créance de la caution qui a payé la dette, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, et

¹⁶² D. LEGAIS, *La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.57.

¹⁶³ Ph. SIMLER et Ph. DELBECQUE, *Précis Dalloz, Les sûretés - La publicité foncière*, 4ème éd. 2004, n° 226 et 227

¹⁶⁴ F. PÉROCHON, op. cit., n°583, p.293.

¹⁶⁵ P.-M. LE CORRE, *Du fait générateur de la créance de remboursement détenue par la caution*, 08/01/2009, www.lexbase.fr; N°LXB : N2336AB7.

¹⁶⁶ Pour rappel, le cofidéluséur est celui qui, pour garantir le paiement de la même dette d'un même débiteur, se porte caution solidairement ou non, avec d'autres personnes, tenus comme lui. Les cofidélusés sont des coobligés (on dit aussi Codébiteur) accessoires. Dès lors qu'un cofidélusé agit à l'encontre de la caution par subrogation dans les droits du créancier, cette caution est en droit, en vertu des règles qui gouvernent la subrogation, de lui opposer les exceptions qu'elle aurait pu opposer au créancier (Com. 11 décembre 2007. BICC n°679 du 1er avril 2008).

¹⁶⁷ P.-M. LE CORRE, art. précité, www.lexbase.fr; N°LXB : N2336AB7.

¹⁶⁸ Hésitations entre la date de naissance du cautionnement, celle du paiement par la caution, celle de l'exigibilité de la créance garantie, celle de la poursuite de la caution.

qui agit contre le débiteur principal sur le fondement de l'article 2305 du Code civil prend naissance à la date de l'engagement de caution¹⁶⁹.

Le même fait générateur est retenu pour la créance du *solvens* contre son codébiteur principal¹⁷⁰, ainsi que pour la créance du garant autonome¹⁷¹.

f- Le mandat professionnel

85. Le critère de délimitation est facile à déterminer, dans la mesure où le fait générateur d'une mission confiée à un professionnel se détermine selon la date de la fourniture de la prestation de service.

En ce sens, la créance d'honoraire d'un avocat naît selon l'exécution de ses prestations¹⁷². La créance des honoraires d'un commissaire aux comptes naît au fur et à mesure de la fourniture de la prestation de service.

Néanmoins, les juges ont retenu que la commission due à un agent immobilier prend naissance dans la conclusion du contrat de mandat¹⁷³.

La créance de la commission due à un agent commercial naît non pas de la conclusion du contrat de mandat qui le lie au mandant, mais de la relation du cocontractant avec le mandant conformément à l'article L134-6 du Code de commerce¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Com. 3 février 2009, n° 06-20.070 JCP E 2009, 1347, n° 12, obs. M. CABRILLAC; Com., 30 septembre 2008, n° 07-18.479 : Gaz. Pal. 2009, p. 672, obs. L.-C. HENRY ; Com., 1er mars 2005, n° 02-13.176 : D. 2005, jurispr. p. 1365, note P.-M. LE CORRE ; Gaz. proc. coll. 2/2005, p. 42, obs. du même auteur. Concernant l'action de la caution contre son cofidélisateur : Com., 16 juin 2004, n° 01-17.199 JCP E 2005, chron. 31, p. 32, n° 15, obs. M. CABRILLAC.

¹⁷⁰ Com., 30 juin 2004, n° 01-14.086 RTD com. 2005, p. 171, n° 5, obs. A. MARTIN-SERF ; Rev. proc. coll. 2005, p. 53, n° 4, obs. M.-P. DUMONT.

¹⁷¹ Com., 19 décembre 2006, n° 05-13.461 JCP E 2007, 1450, n° 12, obs. M. CABRILLAC; Gaz. Pal. 2007, p. 1329, note L.-C. HENRY et p. 1330, note Ph. ROUSSEL GALLE ; Rev. proc. coll. 2007, p. 145, n° 5, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁷² Com. 19 juin 2007 n°05.17074. Com., 19 juin 2007, n° 05-17.074 : JurisData n° 2007-039657 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 168 ; Act. proc. coll. 2007-13, comm. 147 ; Procédures 2007, comm. 254, note H. CROZE ; D. 2007, p. 1878, note A. LIENHARD ; Gaz. Pal. 2007, p. 3460, obs. L.-C. HENRY.

¹⁷³ Com. 17 février 1998, n° 95-15.409 : Bull. civ. 1998, IV, n° 81 ; JCP E 1998, jurispr. 808, rapp. J.-P. REMERY ; RTD com. 1998, p. 913, n° 13, obs. B. BOULOC et p. 938, obs. A. MARTIN-SERF ; LPA 1999, n° 2, p. 13, note G. JAZOTTES.

¹⁷⁴ Com. 16 octobre 2007, n° 06-11.102 : Gaz. Proc. coll. 24 janvier 2008, p. 44, obs. L.-C. HENRY; Com. 15 novembre 2005, n° 03-13.261 : Bull. civ. 2005, IV, n° 225 ; Gaz. proc. coll. 11 février 2006, p. 22, n° 1, obs. L.-C. HENRY ; RTD com. 2006/3, p. 656, n° 12, obs. B. BOULOC ; C.com., art. L134-6 : « Pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission définie à l'article L. 134-5 lorsqu'elle a été conclue grâce à son intervention ou lorsque l'opération a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre. Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes

Récemment, la Cour de cassation a déterminé la date de naissance de la créance de commission fondée sur un contrat de recherche de primes, subventions et avantages fiscaux. Les juges ont alors répondu que : « *La date d'exigibilité de la commission ne se confond pas avec la date du fait générateur de la créance, en conséquence la créance d'honoraires de résultat ne naît pas à la date du paiement, mais à celle de l'exécution de la prestation caractéristique* »¹⁷⁵.

86. En contrepartie, les prestations fournies antérieurement au jugement d'ouverture ne pourront pas être qualifiées de créance postérieure, même si elles se rattachent directement aux prestations fournies postérieurement¹⁷⁶. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a décidé que seuls les honoraires du commissaire aux comptes correspondant aux prestations fournies postérieurement pouvaient être qualifiés de créances postérieures¹⁷⁷.

Concernant le cas particulier du remboursement du compte courant d'associé, la date de naissance de la créance ne suscite guère de difficulté, puisqu'il suffit que l'avance soit accordée à la société après l'ouverture de la procédure collective pour qu'elle soit considérée comme une créance postérieure au jugement d'ouverture¹⁷⁸.

g- La responsabilité civile contractuelle

87. Les créances nées de la mise en jeu de la responsabilité civile contractuelle du débiteur ont pour fait générateur le fait dommageable. En effet, c'est l'exécution défectueuse qui sera prise en compte¹⁷⁹. Il est facile de constater qu'en la matière, la

déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe ».

¹⁷⁵ Com. 27 septembre 2011, n° 10-21277.

¹⁷⁶ P.-M. LE CORRE, art. précité, n°71, p.4.

¹⁷⁷ Com. 2 octobre 2001, n° 98-22.493 : JurisData n° 2001-011148 ; Bull. civ. 2001, IV, n° 157 ; Act. proc. coll. 2001, comm. 231, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; JCP E 2002, 175, n° 16, obs. M. CABRILLAC ; D. 2001, p. 3118, obs. A. LIENHARD et D. 2002, p. 88, note F. DERRIDA ; Rev. proc. coll. 2002, p. 264, n° 1, obs. M.-P. DUMONT ; RTD com. 2002, p. 158, n° 8, obs. A. MARTIN-SERF ; LPA 20 décembre 2001, n° 253, p. 28, note F.-X. LUCAS ; Bull. Joly Sociétés 2002, p. 39, n° 4, note D. VIDAL. - Arrêt prononçant la Cass. de CA Paris, 3e ch. B, 23 oct. 1998 : Act. proc. coll. 1998, comm. 74, obs. J. VALLANSAN ; D. affaires 1998, p. 1908, obs. A.L. ; Rev. Sociétés 1999, p. 195, obs. Y. GUYON.

¹⁷⁸ F. VINCKEL, *Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté*, Droit des sociétés n° 2, Février 2011, étude 3.

¹⁷⁹ Com.13 févr. 2007, n° 05-20.778 : Gaz. Pal. 2007, p. 1322, note L.-C. HENRY. - Com.18 janvier 2005, n° 03-12.849. CA Aix en Provence, 8e ch., 10 sept. 2003 : D. 2003, p. 2767. - Contra, mais contestable, CA Paris, 23e ch., 27 févr. 2002, Act. proc. coll. 6/2002, n° 74.

question du fait générateur de la créance est totalement déconnectée de son critère chronologique.

88. La créance issue de l'application de la clause pénale, qui met une indemnité à la charge de la partie qui a pris du retard dans l'exécution des travaux de construction, naît de l'inexécution de l'obligation de faire, constatée avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de la société preneuse¹⁸⁰. Lorsque cette inexécution de l'obligation de faire a débuté avant le jugement d'ouverture et a continué après l'ouverture de la procédure de redressement, seule la créance liée à l'inexécution postérieure sera une créance postérieure¹⁸¹.

89. Dans un domaine différent, la créance de l'assureur issue du paiement de la franchise contractuelle trouve son origine dans le contrat d'assurance qui a été conclu avant le jugement d'ouverture et non pas dans la survenance de l'aléa objet de la franchise¹⁸². Dans une espèce, il a été reconnu que : *« Statuant sous l'empire de la loi de 1985 (mais la solution aurait été la même sous l'empire de la loi de sauvegarde), la chambre commerciale a répondu qu'il s'agissait d'une créance antérieure, alors même qu'elle était apparue postérieurement au jugement d'ouverture »*¹⁸³.

h- La disparition d'un contrat

90. La question de la disparition d'un contrat se dédouble concernant l'origine de la restitution et les dommages et intérêts.

h-1) L'origine de la restitution

91. Dans le cadre des créances nées de la disparition d'un contrat, il faut distinguer selon que la restitution provient de l'annulation, de la caducité ou de la résiliation d'un contrat.

92. En premier lieu, concernant la créance de restitution née de l'annulation du contrat pour une cause autre que les nullités de la période suspecte, la jurisprudence

¹⁸⁰ Cass. 3e civ. 13 octobre 1999, n° 97-15.994 : Bull. civ. 1999, III, n° 203 ; DP janvier 2000, p. 201, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; JCP E 1999, p. 1850.

¹⁸¹ Com., 26 avril 2000, n° 97-21.001 : JurisData n° 2000-001584 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 82 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 117 ; JCP G 2000, IV, 1974 ; D. 2000, act. jurispr., p. 293, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2001, 233, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸² Com., 8 janvier 2008, n° 07-10.394, SA Storus c/ SA Générali assurances : JurisData n° 2008-042247.

¹⁸³ P.-M. LE CORRE, art. précité, n°71, p.4.

retient la décision constatant la nullité du contrat et ordonnant la restitution comme fait générateur¹⁸⁴. Il faut relever que cette solution ne tient pas compte du caractère rétroactif de l'annulation. Au contraire, en matière de nullités de la période suspecte, les juges retiennent la nature antérieure par fiction de la créance de restitution, bien que la décision advienne postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁸⁵.

93. En deuxième lieu et concernant les créances de restitution nées de la résiliation du contrat, les juges reconduisent la même solution qu'en matière d'annulation du contrat pour des motifs autres que les nullités de la période suspecte. En effet, c'est la décision de résiliation du contrat qui est prise en compte¹⁸⁶. Ainsi, a été considérée comme créance postérieure, celle née de la non-acquisition des primes et ristournes versées en contrepartie de l'obligation de commander une quantité précise de produits conformément à la date à laquelle la convention a été dénoncée¹⁸⁷.

94. Enfin, les créances nées de la caducité du contrat ont précisément pour fait générateur la caducité dudit contrat¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Cass. 3e civ. 28 mars 2007, n° 05-21.679 et l'arrêt rectificatif de l'erreur matérielle y figurant en date du 26 juin 2007, n° 05-21.679 : JurisData n° 2007-038225 ; Com.13 juin 2006, n° 04-14.404. Com., 23 nov. 2004, n° 02-20.868 : RDBF n2/2005, p. 24, n° 450, note F.-X. LUCAS. - Com.12 octobre 2004, n° 00-13.348 : D. 2005, pan. p. 293, obs. P.-M. LE CORRE. - Com., 20 juin 2000, n° 97-11.422 : JurisData n° 2000-002501 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 129 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 162 ; JCP E 2001, p. 173, n° 14, obs. M. CABRILLAC ; RTD com. 2000, p. 1010, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2000, jurispr. p. 368.

¹⁸⁵ Com. 20 janvier 2009 : JurisData n° 2009-046645 ; D. 2009, p. 425, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2009, 1347, n° 6, obs. M. CABRILLAC. - Com., 28 janvier 2004, n° 00-22.905 : JurisData n° 2004-022200 ; Rev. proc. coll. 2004, p. 389, n° 14, note G. BLANC. - Com. 30 oct. 2000, n° 97-21.077 : Bull. civ. 2000, IV, n° 171, JCP E 2001, p. 173, n° 9, obs. Ph. PÉTEL ; D. 2001, somm. 618, obs. A. HONORAT ; Act. proc. coll. 19/2000, n° 239, obs. J. VALLANSAN ; RTD com. 2001, p. 236, obs. A. MARTIN-SERF ; Dr. et patrimoine juin 2001, 112, obs. M.-H. MONSÉRIÉ.

¹⁸⁶ Com. 22 mai 2007, n° 06-13.978 : Gaz. Pal. 2007, p. 3472, note L.-C. HENRY. - Com. 6 mars 2001, n° 98-12.835 ; Bull. civ. 2001, IV, n° 51 ; Act. proc. coll. 7/2001, comm. n° 89. - Com., 20 mai 1997, n° 93-20.819 : Bull. civ. 1997, IV, n° 149 ; D. affaires 1997, p. 863. - V. égal., Cass. 1re civ., 6 avril 2004, n° 01-00-449. - Com., 3 février 1998, n° 95-19.203 : JurisData n° 1998-000394 ; Bull. civ. 1998, IV, n° 52 ; JCP G 1998, II, 10042, rapp. J.-P. REMERY et chron. 658, n° 18, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Rev. proc. coll. 1999, p. 158, n° 8, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

¹⁸⁷ Com.10 décembre 2002, n° 00-14.367 : Act. proc. coll. 2003, comm. 43 ; Rev. Proc. Coll. 2003, p. 148, n° 9, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁸⁸ Com.15 novembre 2005, n° 04-16.416 : JurisData n° 2005-030744 ; Bull. civ. 2005, IV, n° 227 ; Act. proc. coll. 2005, comm. 253, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; RTD com. 2006/1, p. 204, n° 4, obs. A. MARTIN-SERF ; Gaz. Pal. 2006, p. 202, obs. L.-C. HENRY ; LPA 24 février 2006, n° 40, p. 6, note F. VINCKEL ; RTD com. 2006/3, p. 654, n° 6 obs. B. BOULOC ; Gaz. Pal. 2006, p. 2093, note D. ROBINE.

h-2) Les dommages et Intérêts

95. Concernant la créance de dommages et intérêts née de la résiliation d'un contrat, un débat doctrinal est intervenu quant à la détermination de son fait générateur. Une partie de la doctrine retient l'hypothèse logique de la date du dommage subi par le cocontractant en d'autres termes, la date de la résiliation elle-même¹⁸⁹. D'autres retiennent la date du contrat résilié comme fait générateur¹⁹⁰.

96. Ainsi, lorsque le contrat a été résilié avant le jugement d'ouverture, la créance de dommages et intérêts est considérée antérieure¹⁹¹. C'est le cas aussi lorsqu'un contrat conclu après le jugement d'ouverture d'une procédure collective a été résilié ou en cas de résiliation intervenue conformément aux règles du droit commun¹⁹².

97. La solution est cependant biaisée en cas de résiliation après jugement d'ouverture, d'un contrat conclu avant et non continué par l'administrateur. Dans ce cas d'espèce, les dommages et intérêts sont considérés être une créance antérieure par fiction légale.

98. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le fait générateur de la créance indemnitaire d'intempéries à la charge du bailleur en décidant que le fait générateur se trouve dans la survenance de la tempête ayant occasionné les dégâts¹⁹³.

La jurisprudence a également retenu que les créances indemnitaires résultant de la rupture d'un contrat verbal d'exercice médical qui n'est plus exécuté après l'intervention du jugement d'ouverture ne sont pas des créances postérieures élues au privilège de procédure¹⁹⁴.

Sans prétendre à aucune exhaustivité, il s'agit là de la détermination du fait générateur des créances contractuelles. Qu'en est-il de la détermination du fait générateur des créances extracontractuelles ?

¹⁸⁹ F. PÉROCHON, op. cit., n°567, p.286.

¹⁹⁰ Ph. PÉTEL, *Procédures collectives*, n° 245. V. Ph. PÉTEL, *Les créanciers postérieurs*, art. précité, n° 14.

¹⁹¹ Com. 9 juillet 2002, n° 00-14.543 : JurisData n° 2002-015393 ; Rev. proc. coll. 2003, p. 140, n° 5, obs. F.-F. LEGRAND ; Act. proc. coll. 18/2002, n° 23.

¹⁹² Com. 22 mai 2007, n° 06-13.978 : Gaz. Pal. 2007, p. 3472, obs. L.-C. HENRY. Com.18 septembre 2007, n° 06-13.824 : D. 2007, p. , obs. A. LIENHARD.

¹⁹³ Com. 15 février 2011, n° 09-12749.

¹⁹⁴ Com. 5 octobre 2010, n° 09-70249 : SELARL Bruno Gomez et Associés c/ M^e T., ès-qual. adm. Société ABCD Medtech et a. – F-D – Rejet pourvoi c/ CA Paris, 9 juin 2009.

B- Le fait générateur des créances extracontractuelles

99. Une étude casuistique a été aussi retenue par la jurisprudence dans le cadre de la détermination du fait générateur des créances extracontractuelles. Cette étude dépend selon qu'il s'agisse de créances liées à une procédure judiciaire (1), d'une créance environnementale (2), de créances envers l'Etat et les organismes sociaux (3) ou d'une créance délictuelle (4).

1) Les créances liées à une procédure judiciaire

100. La nature des créances liées à une procédure judiciaire diffèrent selon qu'il s'agisse d'une créance de dépens, d'une créance de dommage et intérêt ou d'une créance de restitution extracontractuelle.

a- La créance de dépens et l'indemnité procédurale

101. Concernant la créance de dépens et l'indemnité procédurale au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, le fait générateur est déterminé par la décision qui détermine l'existence et le montant de la créance et qui prononce la condamnation¹⁹⁵.

102. Avant cette jurisprudence désormais constante, les juges ont longtemps considéré que, par leur nature accessoire, les créances de dépens et l'indemnité procédurale devraient être calquées sur celle de la créance dite principale, objet du litige¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Com. 11 juin 2002 n°00.12289 et Civ. 3^e 12 juin 2002 n°00.19038 ; Com. 8 octobre 2003, n° 00-17.940 ; Com. 21 janvier 2003, n° 99-21.560 ; Civ. 3^e, 7 octobre 2009: Bull. civ. III, n° 219; D. 2009. AJ 2548, obs. LIENHARD ; RTD com. 2010. 199, obs. Martin-Serf ; Act. proc. coll. 2009, n° 287, obs. VALLANSAN; Gaz. Pal. 8-9 janvier 2010, p. 18, obs. C.-L. HENRY. Voir BERTHELOT, Rev. proc. coll. 2010. Étude 18.

¹⁹⁶ Com. 9 décembre 1997, n° 95-18.300 : JurisData n° 004930 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 328 ; Rev. proc. coll. 1998, p. 296. n° 14, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; JCP G 1998, I, 141, n° 17, obs. M. CABRILLAC. Voir également Com.3 avril 2002, n° 99-15.174. Com.16 octobre 2001, n° 98-21.002. Com. 24 novembre 1998, n° 94-19.698 : Bull. civ. 1998, IV, n° 280. Com.17 février 1998, n° 95-18.686 : Bull. civ. 1998, IV, n° 76 ; Rev. proc. coll. 1999, 158, n° 9, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

b- La créance de dommages et intérêts

103. Dans le cadre de la créance de dommages et intérêts pour procédure abusive, la créance engendrée par l'abus du droit d'agir en justice du débiteur sous procédure collective a pour fait générateur la décision de justice instituant la condamnation¹⁹⁷.

104. La créance d'astreinte comme la créance de dommages et intérêts a pour fait générateur la décision de justice la prononçant et non pas la décision de condamnation au paiement de l'astreinte liquidée, ni la période pendant laquelle l'astreinte a couru¹⁹⁸. En conséquence, une créance d'astreinte née postérieurement au jugement d'ouverture ne pourrait être considérée de créance postérieure, mais de créance antérieure, puisque son fait générateur sera nécessairement antérieur au jugement d'ouverture.

c- La créance de restitution extracontractuelle

105. La créance de restitution extracontractuelle est celle qui intervient après la reformation d'une décision et qui concerne l'exécution provisoire de cette décision.

106. Par conséquent, la diversité des points de rattachement possibles cause une hésitation entre la date de l'événement qui engendre l'obligation de restitution et celle de la remise du bien ou de la somme objet de la restitution.

C'est la date de la décision de réformation qui a été retenue par la jurisprudence¹⁹⁹.

Cependant, le fait générateur de la créance de restitution par l'administration des droits de douane réside dans le versement initial de ces droits²⁰⁰.

Par prolongement, il est de jurisprudence constante que le fait générateur de la créance de restitution est la date de remise du bien ou de la somme à restituer. Ainsi, le fait

¹⁹⁷ Com.16 juin 2004, n° 03-12.840, n° 03-12.841, n° 03-12.845 et n° 03-12.844. Com., 11 juin 2003, n° 00-21.775 : JurisData n° 2003-019476 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 96 ; Act. proc. coll. 2003, comm. 196, obs. crit. J. VALLANSAN ; RTD com. 2004, p. 158, n° 6, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2003, p. 217.

¹⁹⁸ Com. 21 janvier 2003, n° 01-01.761 : Bull. civ. 2003, IV, n° 10 ; JCP E 2003, chron. 760, n° 15, obs. M. CABRILLAC ; RTD com. 2003, p. 371, n° 7, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2003, act. jurispr., p. 421, obs. A. LIENHARD ; Rev. proc. coll. 2003, p. 145, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN. Voir encore Com., 3 mai 2006, n° 03-17.492.

¹⁹⁹ Com. 21 janvier 2003, n° 00-12.372 : Rev. proc. coll. 2003, p. 148, n° 9, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Act. proc. coll. 5/2003, n° 54. Com., 8 décembre 1998, n° 96-21.540 : Bull. civ. 2003, IV, n° 295.

²⁰⁰ Com. 23 janvier 2007, n° 05-13.995 : Bull. civ. 2007, IV, n° 10 ; Gaz. Pal. 2007, p. 1323, note L.-C. HENRY ; D. 2007, act. jurispr., p. 448, obs. A. LIENHARD ; Rev. proc. coll. 2007, p. 144, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; RTD com. 2007/3, p. 599, n° 4, obs. A. MARTIN-SERF ; Gaz. proc. coll. 14 avr. 2007, n° 104, p. 33 note L.-C. HENRY.

générateur de la créance de l'action *de in rem verso* est le paiement effectué par erreur²⁰¹.

107. Ainsi, la créance de restitution d'un acompte perçu par le débiteur a pour fait générateur la décision de retrait de la subvention qui sanctionne le non-respect des conditions d'attribution de l'aide²⁰². La même solution a été retenue concernant la prime d'abattage versée à un agriculteur²⁰³.

Par ailleurs, dans une espèce où le liquidateur, dans son pourvoi, qualifiait la créance de la Caisse Nationale des Barreaux Français (CNBF) de créance de restitution et estimait que le fait générateur de la créance de restitution réside dans la décision ayant ordonné le remboursement des sommes indûment versées, la Cour de cassation a décidé que le fait générateur de la créance d'indu est le fait juridique du paiement, lorsque le paiement de l'indu intervient après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire, la créance est postérieure²⁰⁴. D'ailleurs, puisque l'origine de la créance d'indu est le fait juridique du paiement, la créance d'indu contre le bénéficiaire d'un chèque trouve son origine non dans l'émission du chèque, mais dans son encaissement²⁰⁵.

2) La créance environnementale

108. La créance environnementale est celle qui naît « *par suite d'une atteinte portée à l'environnement* »²⁰⁶. Cette créance est également prévue par l'article L514-1 du Code de l'environnement²⁰⁷.

²⁰¹ F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, op. cit, n° 240 ; S. TORCK, *La date de naissance des créances en droit civil*, LPA 9 nov. 2004, p. 25, n° 1 ; Com. 5 mai 2004, n° 02-13.137. Com., 24 novembre 1998, n° 96-17.100 : Bull. civ. 1998, IV, n° 281 ; JCP E 1999, p. 814, n° 12, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; RTD com. 1999, 975, obs. A. MARTIN-SERF ; Act. proc. coll. 1/1999, n° 3. Com., 16 avril 1996, n° 94-12.748 : Rev. proc. coll. 1998, p. 294, n° 12, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁰² Com. 5 mai 2004, n° 02-10.100 : JurisData n° 2004-023668 ; Act. proc. coll. 2004, comm. 147. Com. 13 mai 2003, n° 99-16.156 : JurisData n° 2003-018970 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 78 ; Act. proc. coll. 2003, comm. 143, obs. J. VALLANSAN ; JCP E 2003, 1396, n° 16, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; RTD com. 2003, p. 821, n° 14 obs. A. MARTIN-SERF ; Rev. proc. coll. 2004, p. 244, n° 6, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; D. 2003, p. 1764. Voir cependant, CA Lyon, audience solennelle, 12 juin 2006, n° 05/04634 : JurisData n° 2006-211845 ; Rev. proc. coll. 2007/3, p. 144, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁰³ Com. 16 mai 2006, n° 05-15.077.

²⁰⁴ Com. 1^{er} février 2011, n° 10-12746.

²⁰⁵ Com. 5 juin 2007 : Bull. civ. IV, n° 154 ; D. 2007. AJ 1730, obs. LIENHARD ; JCP E 2007. 2119, n° 13, obs. CABRILLAC ; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 52, obs. BONHOMME ; RTD com. 2007. 840, obs. MARTIN-SERF ; Rev. proc. coll. 2009, n° 118, obs. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁰⁶ D. VOINOT, *Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale*, RTD Com 2001, p. 581.

109. La nature de la créance environnementale subit les aléas du temps : avant l'ouverture du jugement prononçant l'ouverture de la liquidation, l'article L622-24 du Code de commerce dispose que lorsque son existence est connue, celle-ci doit automatiquement être déclarée, dans les deux mois suivant la date du jugement, par le débiteur sous peine d'inopposabilité ; *a contrario*, la déclaration de cette créance, dans le cadre de l'article L622-17 du même Code, n'est plus obligatoire lorsqu'elle se révèle postérieurement au jugement.

C'est dans la même veine que la jurisprudence a introduit une distinction entre la date de naissance de la créance et celle de l'obligation légale de remise en état postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. Cette distinction met en place une nécessité de choix entre les deux dates, sachant que cela influencerait le régime applicable, par la suite, à la créance. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que :

« (il a été reproché à l'arrêt) d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le moyen, que le fait générateur de la créance relative aux frais de remise en état d'un site pollué se situe à la date à laquelle la remise en état a été ordonnée ; que si elle est postérieure au prononcé de la liquidation des biens d'une société qui n'a pas assumé son obligation légale de remise en état, la créance dont peut se prévaloir à son encontre un organisme public qui a été chargé de se substituer à elle pour la remise en état est une dette de la masse ; qu'en énonçant que l'origine de la créance dont se prévaut l'agence Andra est la pollution due à l'exploitation du site, intervenue antérieurement au jugement de

²⁰⁷ Article L514-1 C. envir. : « I.-Indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées, et lorsqu'un inspecteur des installations classées ou un expert désigné par le ministre chargé des installations classées a constaté l'inobservation des conditions imposées à l'exploitant d'une installation classée, le préfet met en demeure ce dernier de satisfaire à ces conditions dans un délai déterminé. Si, à l'expiration du délai fixé pour l'exécution, l'exploitant n'a pas obtempéré à cette injonction, le préfet peut :

1° Obliger l'exploitant à consigner entre les mains d'un comptable public une somme répondant du montant des travaux à réaliser, laquelle sera restituée à l'exploitant au fur et à mesure de l'exécution des mesures prescrites ; il est procédé au recouvrement de cette somme comme en matière de créances étrangères à l'impôt et au domaine. Pour le recouvrement de cette somme, l'Etat bénéficie d'un privilège de même rang que celui prévu à l'article 1920 du code général des impôts ;

2° Faire procéder d'office, aux frais de l'exploitant, à l'exécution des mesures prescrites ;

3° Suspendre par arrêté, après avis de la commission départementale consultative compétente, le fonctionnement de l'installation, jusqu'à exécution des conditions imposées et prendre les dispositions provisoires nécessaires.

II.-Les sommes consignées en application des dispositions du 1° du I peuvent être utilisées pour régler les dépenses entraînées par l'exécution d'office des mesures prévues aux 2° et 3° du I.

III.-L'opposition à l'état exécutoire pris en application d'une mesure de consignation ordonnée par l'autorité administrative devant le juge administratif n'a pas de caractère suspensif ».

*liquidation des biens de la société exploitante, ladite créance devant par suite être regardée comme dans la masse, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 14, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 »*²⁰⁸.

De ce fait, concernant la créance environnementale et la créance environnementale de remise en état d'un site pollué, c'est la date de l'injonction préfectorale des sommes nécessaires à la dépollution qui est importante indépendamment de la date de pollution du site. Cependant, un arrêt, de portée incertaine, a retenu la créance du Trésor naît de l'arrêté préfectoral ordonnant la consignation²⁰⁹.

Néanmoins, la Cour de cassation a considéré, dans un cas où l'exploitant mis en liquidation s'était vu notifier un arrêté de consignation, après une demande de remise en état non satisfaite, que le jour de la consignation correspondait à la date de naissance de la créance de l'administration. Cette solution reste cependant fragile, dans la mesure où l'arrêté de consignation n'est que la conséquence d'une mise en demeure restée infructueuse et doit être articulée avec l'obligation légale préexistante de remise en état qui pèse sur l'exploitant, indépendamment du fait qu'elle a été adoptée antérieurement à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

3) Les créances envers l'Etat et les organismes sociaux

110. La différence sera faite selon qu'il s'agisse de créances envers les organismes sociaux ou l'Etat.

a- Le fait générateur des créances envers les organismes sociaux

111. La détermination du fait générateur de la créance de cotisations sociales se conforme à la détermination du fait générateur de la créance qui lui sert d'assiette. En effet, la cotisation sociale assise sur le salaire naît de l'accomplissement du travail sur la rémunération duquel elle est calculée. Par conséquent, la détermination du fait générateur se fait au *pro rata temporis* du montant des cotisations antérieures ou

²⁰⁸ Com.17 septembre 2002 n° de pourvoi: 99-16507 Bull. civ. 2002, IV, n° 125 ; Act. proc. coll. 2002, comm. 221, obs. J. VALLANSAN ; JCP E 2003, 197, note D. VOINOT ; JCP E 2003, 194, n° 14, obs. M. CABRILLAC ; D. 2002, p. 2735 note A. LIENHARD ; Gaz. Pal. 2003, p. 501, note M.-P. LAVOILLOTTE ; Rev. proc. coll. 2002, 100, n° 2, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; LPA 6 août 2003, n° 156, p. 15, note B. ROLLAND ; LPA 26 mai 2003, p. 17 note E. BOURGEOIS ; RTD com. 2003, p. 167, n° 5, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁰⁹ Com.19 novembre 2003, n° 01-00.943 : D. 2004, p. 629, obs. D. VOINOT. Sur le thème de la créance environnementale, voir D. VOINOT, *Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale*, RTD com. juill-sept. 2001, p. 581 et s.

postérieures lorsque le travail sur la rémunération duquel les cotisations sont assises, a été partiellement exécuté d'une part, antérieurement au jugement d'ouverture et d'autre part, postérieurement au jugement d'ouverture²¹⁰.

112. En cas de régularisation d'une cotisation sociale, sa qualification suit celle de la créance de cotisation sociale à laquelle la créance régularisée correspond²¹¹. C'est le cas de la cotisation sociale assise sur la prime du treizième mois de salaire qui a pour fait générateur la date du versement de ladite prime²¹².

113. La détermination du fait générateur de la créance de recours de l'organisme de sécurité sociale qui a, au préalable, indemnisé le salarié en cas de faute de l'employeur, se fait conformément à la décision qui retient la responsabilité de l'employeur.

114. Les cotisations d'assurance-maladie, quant à elles, sont privilégiées si l'activité professionnelle perdure après le jugement²¹³. Ainsi, le fait générateur de la créance n'est pas l'existence de l'entreprise au 1^{er} janvier, mais l'activité exercée pendant la période de référence²¹⁴.

Est régie par le régime des créances postérieures, la créance de cotisation sociale annuelle du régime d'assurance-maladie des travailleurs non salariés des professions non agricoles, dès lors qu'elle est due en raison de l'activité exercée après le jugement d'ouverture, même si elle est calculée d'après les revenus professionnels nets de l'année précédente²¹⁵.

115. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que : « *La contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle constituent pour les sociétés assujetties une obligation légale prévue par les articles L651-1 et L245-13 du Code de la sécurité sociale et les créances en résultant, qui sont inhérentes à l'activité de la*

²¹⁰ CA Paris, 8e ch. B, 9 oct. 2003, RG n° 2003/0258.

²¹¹ Loc. cit.

²¹² Com. 14 décembre 1993, n° 92-11.720 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 480 ; JCP E 1992, 168, n° 20, obs. Ph. PETEL.

²¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Créances de cotisations sociales, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 49.

²¹⁴ Cass. 2e civ., 16 septembre 2010, n° 09-16.182 : JurisData n° 2010-016093 ; D. 2011, p. 2069, obs. P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS ; JCP E 2011, 360, n° 11, obs. Ph. PÉTEL ; RTD com. 2011, p. 640, obs. A. MARTIN-SERF.

²¹⁵ Com. 15 décembre 1992: Bull. civ. IV, n° 413; JCP 993. IV. 544.

société, entrent dans les prévisions de l'article L622-17 du Code de commerce pour l'activité poursuivie postérieurement à l'ouverture de la procédure collective »²¹⁶.

En effet, dès lors que les cotisations se rapportent à des salaires perçus pour une période de travail antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la créance de cotisations est née antérieurement au jugement d'ouverture et, par suite, peu important l'époque à laquelle les salaires correspondants ont été payés, l'acte tendant à obtenir paiement de cette créance doit être annulé²¹⁷.

b- Le cas de la créance fiscale

116. Dans le cadre des créances fiscales, la détermination du fait générateur est effectuée différemment par référence aux textes spéciaux qui régissent chacun des impôts concernés. Il faut surtout signaler que les textes en matière de fiscalité sont nombreux et divers.

117. Ainsi, le fait générateur de l'impôt sur le revenu est déterminé selon la date de l'expiration de l'année civile pendant laquelle les revenus imposables ont été perçus par le contribuable et non pas par la perception des revenus²¹⁸. Il faut relever à ce niveau la confusion que les juges font fréquemment entre le fait générateur et la date d'exigibilité de la créance fiscale alors que ces deux événements sont jugés être extrêmement différents pour l'administration fiscale²¹⁹.

118. Par ailleurs, l'impôt sur les sociétés et la taxe professionnelle naissent de la clôture de l'exercice comptable et non de la perception de l'impôt lui-même²²⁰.

²¹⁶ Com.15 juin 2011, n° 10-18726, FSPB.

²¹⁷ Com. 18 juillet 1989: Bull. civ. IV, n° 224; D. 1989. Somm. 288, obs. Honorat ? 20 févr. 1990: préc. note 3; 19 mars 1991: Bull. civ. IV, n° 108; 19 mai 1992: Bull. civ. IV, n° 194; D. 1992. IR 220; JCP E 1992. I. 168, n° 19, obs. PÉTEL (indemnités de congés payés effectivement pris) ; 5 avril 1994: Bull. civ. IV, n° 141; Rev. proc. coll. 1995. 303, obs. SAINT-ALARY-HOUIN; 14 nov. 1995: Rev. proc. coll. 1997. 70, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

²¹⁸ Com.14 janvier 2004, n° 01-03.663 : Rev. proc. coll. 2004, p. 244, n° 4, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN. Com., 12 juillet 1994, n° 90-18.265: Bull. civ. 1994, IV, n° 264; JCP E 1995, I, 417, n° 19, obs. Ph. PÉTEL; LPA 2 déc. 1994, n° 144, note J. BRANDEAU.

²¹⁹ G. JAZOTTES, *Les créanciers de l'article 40*, LPA 6 sept. 2000, p. 36. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11, n° 14.

²²⁰ Com.16 décembre 2008, n° 08-12.142 : JurisData n° 2008-046292 ; D. 2009, p. 164, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2009, 1347, n° 9, obs. Ph. PÉTEL.

119. La Taxe sur la Valeur Ajoutée assise sur des prestations de service et celle assise sur la vente d'un bien naissent respectivement, sauf cas particuliers, de l'exécution de la prestation de service et de la date de livraison du bien²²¹.

120. Dans une affaire concernant la taxe sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des personnes morales édictée par l'article 990-D du Code général des impôts, la jurisprudence s'est posée la question de la détermination de son fait générateur en liquidation judiciaire. En effet, conformément à l'article 1844-7, 7^e du Code civil, en matière de liquidation judiciaire les sociétés sont de plein droit dissoutes par l'effet du jugement. C'est à juste titre que la Cour de cassation rappelle que tout débiteur en liquidation judiciaire reste titulaire de son droit de propriété. De ce fait, c'est l'existence de ce droit de propriété qui fait apparaître le fait générateur de cette taxe, de sorte que rien ne saurait exonérer la société en liquidation judiciaire de son paiement²²².

121. Concernant la taxe foncière, son fait générateur est trouvé dans la propriété de l'immeuble au 1^{er} janvier de l'année considérée, puisque le Code général des impôts (CGI) prévoit une imposition au nom du propriétaire actuel, sous réserve du cas de constitution de droits réels sur l'immeuble autorisant la jouissance d'un tiers²²³. Ainsi, l'année du jugement d'ouverture, la taxe foncière sera nécessairement une créance antérieure, à déclarer en intégralité au passif. La taxe foncière ne pourra être considérée

²²¹ Article 269, 1, a) du CGI : « I Le fait générateur de la taxe se produit :
a) Au moment où la livraison, l'acquisition intracommunautaire du bien ou la prestation de services est effectué ;

a bis) Pour les livraisons autres que celles qui sont visées au c du 3^o du II de l'article 256 ainsi que pour les prestations de services qui donnent lieu à l'établissement de décomptes ou à des encaissements successifs, au moment de l'expiration des périodes auxquelles ces décomptes ou encaissements se rapportent ;

a ter) Pour les livraisons de biens, les prestations de services et les acquisitions intracommunautaires réputées effectuées en application des dispositions du V de l'article 256 et du III de l'article 256 bis, au moment où l'opération dans laquelle l'assujetti s'entremet est effectuée ; ».

²²² P.-M. LE CORRE, op cit., n°443.11, p.832.

²²³ Article 1400-I du CGI : « I. Sous réserve des dispositions des articles 1403 et 1404, toute propriété, bâtie ou non bâtie, doit être imposée au nom du propriétaire actuel.

II.-Lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation ou du titulaire de l'autorisation.

III. Dans les sociétés immobilières de copropriété visées à l'article 1655 ter, la taxe foncière est établie au nom de chacun des membres de la société pour la part lui revenant dans les immeubles sociaux.

IV.-Lorsqu'un immeuble a été transféré en application d'un contrat de fiducie, la taxe foncière est établie au nom du fiduciaire.

V.-L'Office national des forêts est le redevable de la taxe foncière afférente aux forêts et terrains visés à l'article L. 121-2 du code forestier ».

comme une créance postérieure au jugement d'ouverture que l'année N+1 par rapport à celle du jugement d'ouverture²²⁴.

122. Il résulte de la combinaison des articles L313-1 Code de la construction et de l'habitat et 235 *bis* du Code général des impôts que le fait générateur de la créance fiscale afférente à la cotisation due au titre de la participation des employeurs à l'effort de construction, et donc sa naissance régulière, se situe à la date à laquelle expire le délai imparti à l'employeur pour investir²²⁵.

La contribution, mise à la charge de certaines sociétés par les articles L651-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, dont l'assiette est le chiffre d'affaires de l'année précédente, a pour fait générateur l'existence de l'entreprise débitrice au 1^{er} janvier de l'année au titre de laquelle elle est due²²⁶.

4) La créance délictuelle

123. La créance d'origine délictuelle, qui concerne la réparation pécuniaire de la victime d'une faute délictuelle, naît à la date du fait dommageable²²⁷. La date du jugement statuant sur la faute et sur le montant de la réparation n'a aucune incidence sur la nature antérieure ou postérieure de cette créance²²⁸.

Une divergence de jurisprudence a existé entre la chambre commerciale et la chambre criminelle de la cour de cassation s'agissant des sanctions pécuniaires à caractère répressif. La chambre criminelle a considéré, par exemple, que la créance du Trésor public au titre d'amende naît de la commission des faits délictueux²²⁹. Pour la chambre commerciale, la créance d'amende du Trésor public naît de la décision qui la

²²⁴ P.-M. LE CORRE, *Entreprises en difficulté, La taxe foncière, une créance postérieure méritante ?* Gaz. Pal., 16 octobre 2010 n° 289, p. 12.

²²⁵ Com. 7 juillet 1998: Bull. civ. IV, n° 221; D. 1998. IR 207 ; D. Affaires 1998. 1400, obs. A. L.; RTD com. 1999. 509, obs. MARTIN-SERF (V. l'arrêt confirmé: Angers, 10 septembre 1996: BICC 1996, n° 1187; Rev. proc. coll. 1997. 455, obs. Saint-Alary-Houin). Dans le même sens: Douai, 16 décembre 1999: D. 2000. AJ 116; 11 janvier 2001: Rev. proc. coll. 2002. 102, obs. SAINT-ALARY-HOUIN. V. aussi, pour la taxe d'apprentissage, Douai, 16 décembre 1999.

²²⁶ Com. 28 juin 1994: Bull. civ. IV, n° 241; D. 1994. IR 198; JCP E 1995. I. 417, n° 19, obs. PÉTEL.

²²⁷ P. JOURDAIN, *La date de naissance de la créance d'indemnisation*, LPA 9 nov. 2004, p. 49 ; Paris, 3e ch. A, 21 sept. 1999 : D. 1999, p. 33, obs. A. LIENHARD.

²²⁸ CA Paris, 3e ch. A, 21 septembre 1999.

²²⁹ Crim. 17 janvier 2007 : n° 06-82.251, Act. proc. coll. 6/2007, n° 59, note S. RÉTIF ; JCP E 2007, 1607, note du même auteur. Crim., 5 février 1998, n° 96-85.596 : Bull. crim. 1998, n° 48 ; RTD com. 1998, p. 945, obs. A. MARTIN-SERF ; Rev. proc. coll. 1999, 221, n° 9, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Rev. Sociétés 1998, p. 421, note B. BOULOC.

prononce²³⁰. Cette dernière solution a été critiquée par la doctrine. D'aucuns pensent qu'elle est soucieuse de la préservation de la présomption d'innocence alors que d'autres la rejette catégoriquement²³¹.

124. Le fait générateur de la créance née de l'obligation de faire cesser l'état de péril d'un immeuble se détermine selon l'établissement du rapport constatant l'état de péril.

125. La Cour d'appel de Metz a jugé que la créance d'un cohéritier au titre de la succession naît au jour de l'ouverture de la succession, en d'autres termes au jour du décès²³².

126. Eu égard à tout ce qui précède, il semble important que la CCJA et les juridictions nationales puissent déterminer des solutions pratiques dans le cadre de la délimitation entre les créances antérieures et postérieures, puisque cette question sous-tend le traitement appliqué, dans un deuxième temps, à la créance concernée. Certaines questions, par la ressemblance de leur domaine, pourraient être traitées conformément aux solutions retenues par la jurisprudence française. Cependant, les autres questions, par leur particularité propre au contexte économique des pays africains, doivent obtenir des solutions idoines en tenant en compte leurs spécificités. C'est le cas notamment des créances issues du droit coutumier spécifique à chaque Etat actuellement membre de l'OHADA²³³. D'ailleurs, en partant d'études de cas concrets, un auteur dresse les limites du processus d'harmonisation causées par le pluralisme des ordres juridiques, découlant du droit coutumier africain²³⁴. Outre la délimitation des créances antérieures et postérieures qui permet la différenciation entre les créances selon leur nature, la détermination du critère chronologique nécessite de s'attarder sur la question de la poursuite de l'activité du débiteur en procédure collective.

²³⁰ Com. 14 janvier 2004, n° 01-10.107 : JurisData n° 2004-021826 ; Act. proc. coll. 2004, comm. 42 ; Rev. proc. coll. 2004, p. 243, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN. Com. 4 mars 1997, n° 92-21.785 : Bull. civ. 1997, IV, n° 62 ; JCP E 1997, I, 681, n° 17, obs. M. CABRILLAC ; D. 1998, 264, note C. SOUWEINE ; RTD com. 1998, 944, obs. A. MARTIN-SERF. V. également, la position du Cons. Conc., 18 février 2004 : D. 2004, act. jurispr., p. 877 ; RTD com. 2004, B. BOULOC note sous Crim. 5 février 1998, Rev. Sociétés 1998, p. 421p. 598, n° 4, obs. A. MARTIN-SERF contra M. CABRILLAC, obs. sous Com. 4 mars 1997 : JCP E 1997, 681, n° 17 ; F. PÉROCHON, op. cit., n°569, p.287.

²³¹ B. BOULOC note sous Crim. 5 février 1998, Rev. Sociétés 1998, p. 421Not. M. CABRILLAC, obs. sous Com. 4 mars 1997 : JCP E 1997, 681, n° 17 ; F. PÉROCHON, op. cit., n°569, p.287.

²³² CA Metz, 1re ch., 23 décembre 2008, n° 07/02898 : JurisData n° 2008-376051 Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2009, comm. 121 C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²³³ ANONYMOUS, *Eléments de droit coutumier Bassa*, Abbia: revue culturelle camerounaise, p. 136-156, Cameroun, 1963.

²³⁴ A. LEDUC, *Mondialisation et harmonisation du droit des sûretés*, éditions Thémis, juin 2012.

Section 2: La poursuite de l'activité du débiteur

127. Sous l'empire des dispositions de la loi du 25 janvier 1985, et avant leur codification en septembre 2000, la Cour de cassation avait précisé que le tribunal n'était pas lié par les avis exprimés par les organes de la procédure collective et qu'il usait de son pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer dans quelles conditions le redressement de l'entreprise était le mieux assuré²³⁵.

Désormais, la poursuite de l'activité du débiteur vient renforcer les mesures relatives à la détermination du critère chronologique de la naissance des créances postérieures. En sus, elle permet au législateur d'encadrer, de manière rigoureuse, le sauvetage de l'entreprise. De ce fait, elle révèle son importance selon le type de la procédure collective ouverte étant donné que les conditions de poursuite diffèrent selon que la procédure ouverte est liquidative ou non.

128. Pour mieux cerner les contours de la poursuite de l'activité du débiteur, il est indispensable de commencer par déterminer la période de la continuation de l'activité du débiteur (Paragraphe 1) avant de s'attarder sur la durée de la continuation de l'activité du débiteur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La période de la continuation de l'activité du débiteur

129. La phase de la continuation de l'activité du débiteur est le moment par excellence de la naissance des créances postérieures, dans la mesure où la continuation de l'activité du débiteur permet aux créances de respecter le critère chronologique, pierre angulaire de la naissance des créances postérieures. De ce fait, la continuation de l'activité se fait différemment selon qu'il s'agit de procédures non liquidatives (A) ou de procédures liquidatives (B).

A- La continuation de l'activité du débiteur dans les procédures non liquidatives

130. Il faut préciser, à titre liminaire, que la notion de procédures collectives non liquidatives recouvre aussi bien les procédures françaises de sauvegarde et de redressement judiciaire que la procédure de redressement judiciaire organisée par

²³⁵ Com.10 juillet 1990, n° 89-13.091 : JurisData n° 1990-702230 ; Bull. civ. 1990, IV, n° 206.

l'AUPC issu du Traité de Port Louis. Ainsi, nous essayerons de déterminer les règles applicables à la continuation de l'activité du débiteur (1) avant de nous appesantir sur les conséquences de la continuation de l'activité du débiteur (2).

1) Les règles applicables à la continuation de l'activité du débiteur

131. Avant l'entrée en vigueur de l'AUPC et conformément à la loi du 4 mars 1889, applicable dans la plupart des Etats actuellement membres de l'OHADA, une autorisation du tribunal était exigée pour toute continuation de l'activité ou de l'exploitation du débiteur en faillite. Il ressort de ce qui précède que la continuation de l'activité n'est pas automatique à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, puisqu'une autorisation du juge-commissaire est exigée²³⁶.

132. Dans le droit moderne des procédures collectives, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire entraîne automatiquement la continuation de l'activité du débiteur.

En France, l'article L621-3 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises, prévoit la poursuite de l'activité de l'entreprise qui fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire sans avoir, au préalable, besoin d'une autorisation du tribunal.

C'est de la même manière que le législateur de l'OHADA a prévu, dans l'article 112 alinéa 1^{er} de l'AUPC, qu'en cas de redressement judiciaire, l'activité du débiteur est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée, sauf décision contraire du Juge-commissaire.

133. Que faut-il comprendre par l'expression « *sauf décision contraire du juge-commissaire* » utilisée par l'alinéa 1^{er} de l'article 112 de l'AUPC applicable en redressement judiciaire ?

Pour tenter de répondre à ce questionnement, il faut, de prime abord, signaler que la procédure de redressement judiciaire ne peut être ouverte, selon l'AUPC, que lorsque la situation du débiteur, pourtant en état de cessation des paiements, n'est pas irrémédiablement compromise. Ainsi, lorsque la situation du débiteur est

²³⁶ Art. 24, loi du 13 juillet 1967 : « *l'exploitation ou l'activité ne peut être continuée qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et pour une période de trois mois au plus et l'autorisation du Juge-commissaire peut être retirée à tout moment* ».

irrémédiablement compromise, c'est une procédure de liquidation des biens qui est ouverte aux fins de démanteler l'activité du débiteur et de désintéresser les créanciers sur les sommes recueillies²³⁷.

Alors, pourquoi le législateur de l'OHADA a-t-il cru nécessaire de préciser, dans l'AUPC, que l'activité du débiteur en redressement judiciaire est continuée, sauf décision contraire du juge-commissaire ? Cela suppose-t-il que le juge-commissaire puisse arrêter, voire bloquer la continuation de l'activité du débiteur en redressement judiciaire en rendant une décision contraire à cette continuation ?

Dans ce cas, le redressement judiciaire sans continuation automatique de l'activité ressemblerait à un clone de la liquidation des biens, qui exige une autorisation du juge-commissaire pour que l'activité du débiteur soit continuée et opérerait un retour vers la solution applicable avant l'adoption de l'AUPC dans les Etats actuellement membres de l'OHADA. En outre, pour quelles raisons le juge-commissaire exclurait-il la continuation automatique de l'activité en redressement judiciaire ?

A priori, nous pouvons penser que cette exclusion se fonderait sur un objectif de protection des intérêts des fournisseurs du débiteur qui risqueraient de s'engager à perte, lorsque l'activité n'est plus viable, mais dans ce cas d'espèce, l'ouverture d'une liquidation des biens serait, encore une fois, plus judicieuse. De ce fait, il nous sied de conclure, à ce titre, que ladite expression n'a été introduite dans l'AUPC que dans le but de démontrer que l'objectif principal de l'Acte uniforme réside indéniablement dans le paiement des créanciers et non pas dans la sauvegarde de l'entreprise et des emplois.

2) Les conséquences de la continuation de l'activité

134. La continuation automatique de l'activité du débiteur est importante dans la mesure où les créances postérieures naissent, en grande partie, pendant la phase de la continuation de l'activité. C'est d'ailleurs pour cette raison que lesdites créances sont

²³⁷ Art. 25 AUPC : « Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes ».

souvent appelées dettes nées de la poursuite de l'activité par la doctrine et certains praticiens²³⁸.

135. En droit français, la phase de continuation de l'activité en sauvegarde ou en redressement judiciaire est appelée la période d'observation. Cependant, l'AUPC n'a pas prévu, dans ses dispositions, de période dite d'observation.

a- La période d'observation en droit français

136. La période d'observation est issue de la modification législative apportée par la loi du 25 janvier 1985. L'institution de la période d'observation permet de constater qu'à la différence de l'AUPC, le droit français des procédures collectives met en position de force, la sauvegarde de l'entreprise et des emplois. Ainsi, la période d'observation permet la détection des difficultés que l'entreprise rencontre, la détermination de ses causes et surtout de se pencher sur les possibilités de sauvetage de l'entreprise.

En outre, la période d'observation permet de préparer l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement, d'où la définition selon laquelle la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire est le laps de temps qui se situe entre le jugement d'ouverture de la procédure et la décision qui fixe le sort du débiteur.

Pour démontrer l'importance de la période d'observation dans la détermination du critère chronologique nécessaire à la naissance des créances postérieures, la Cour de cassation a rendu une décision riche d'enseignements précisant que les juges doivent, pour annuler un virement, prendre en compte la nature antérieure ou postérieure de la créance payée²³⁹.

137. Il est possible que la période d'observation soit modifiée par l'effet d'une conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire.

²³⁸ Art. 1^{er} AUPC : « Le présent Acte uniforme a pour objet d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif (...) ». V. également, A. KOMLAN, *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant, 2000, n° 832, p. 55.

²³⁹ Com. 3 novembre 2010, n° 09-69.533, n° 1088, F-P+B, M. Blandin c/ Sté BNP Paribas : JurisData n° 2010-020181. - Cass. partielle CA Douai, 8e ch., sect. 1, 7 mai 2009, renvoi CA Douai.

Toutefois, la conversion de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire ne permet plus la continuité de la période d'observation²⁴⁰. D'ailleurs, cette question a donné lieu à une récente fluctuation jurisprudentielle. Les juges ont admis, d'une part, que la demande de suspension de l'exécution provisoire du jugement de liquidation judiciaire doit être rejetée, lorsqu'il apparaît que de nouvelles dettes sont nées au cours de la période d'observation et que les résultats ne laissent envisager aucune possibilité d'exploitation rentable²⁴¹.

D'autre part, le jugement qui a converti le redressement judiciaire en liquidation judiciaire est infirmé, lorsque le redressement ne paraît pas manifestement impossible et que le projet de plan a été élaboré sur la base d'hypothèses réalistes.

En tout état de cause, la période d'observation s'étend du jour du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire²⁴².

b- L'absence de période d'observation en droit de l'OHADA

138. Le législateur de l'OHADA n'a, quant à lui, pas prévu de période d'observation, puisqu'il ressort de la lecture de l'article 117 de l'AUPC que sont concernées par la priorité de paiement, « *toutes les dettes nées (...) après la décision d'ouverture (...)* ».

Cependant, le projet de réforme de l'AUPC se penche davantage pour l'introduction d'une période d'observation d'une durée allant de quatre à six mois²⁴³.

Toutefois, l'absence de période d'observation n'est pas un oubli du législateur de l'OHADA, contrairement à ce que l'on pourrait penser, à première vue. A notre sens, la marge de manœuvre laissée au débiteur par l'AUPC permet de ne pas lourdement encadrer le débiteur dont la situation économique et financière n'est pas irrémédiablement compromise. En effet, seule importe la naissance postérieure de la créance au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. Cependant, la question de

²⁴⁰ C.com., art. L622-11 : « Lorsque le tribunal prononce la liquidation, il met fin à la période d'observation et, sous réserve des dispositions de l'article L641-10, à la mission de l'administrateur. Dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L622-10, il désigne une personne chargée de réaliser la prise des actifs du débiteur ».

²⁴¹ CA Douai, ord. Prem. Pres. 16 septembre 2010, Jurisdata n°2010-018226.

²⁴² P.-M. LE CORRE, op. cit., n°410.09, p.583.

²⁴³ F M SAWADOGO, *Les procédures collectives en droit OHADA*, Cycle « L'essentiel du droit uniforme africain », Juriscope, 30 janvier 2012.

la poursuite de l'activité du débiteur devient beaucoup plus encadrée en liquidation judiciaire et en liquidation des biens.

B- Le maintien de l'activité du débiteur en phase liquidative

139. Le jugement qui ouvre une procédure collective liquidative intervient, lorsque la situation du débiteur est gravement ou irrémédiablement compromise et qu'aucun redressement judiciaire ne peut intervenir. Dans ce cas d'espèce, la procédure ouverte sera soit une liquidation judiciaire, en droit français, soit une liquidation des biens, en droit de l'OHADA.

140. En tout état de cause, l'obtention d'une autorisation de maintien de l'activité est nécessaire (1), même si le maintien de l'activité en procédure liquidative donne naissance à des difficultés en pratique (2).

1) La nécessaire autorisation de maintien de l'activité du débiteur

141. Lorsque la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, donc en présence d'une liquidation des biens ou d'une liquidation judiciaire, l'AUPC comme la loi française du 13 juillet 1967, prévoient que la continuation de l'exploitation ou de l'activité n'est autorisée, par le tribunal, que pour les besoins de la liquidation et si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige impérieusement²⁴⁴.

a- L'autorisation de la juridiction compétente

142. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que la « *créance de l'article 40* » pouvait naître en liquidation judiciaire et sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la continuation ou non de l'activité de l'entreprise²⁴⁵. Néanmoins, l'article L641-10 alinéa 1^{er} du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde, précise, concernant la liquidation judiciaire, que : « *Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'Etat* ».

²⁴⁴ V. art. 25 de la loi du 13 juillet 1967 et art. 113 AUPC.

²⁴⁵ Com. 20 février 1990, n°88-17.200, Bull. Civ. IV, n°47. Com. 10 juillet 1990, n°88-20.493, Bull. Civ. IV, n°207. Com. 8 décembre 1998, n°96-17.793, Bull. Civ. IV, n°294. Com. 14 novembre 2000, n°97-21.414, inédit titré, Rev. proc. coll. 2002, p. 210, n°6, obs. Ph. NEAU-LEDUC ; CA Versailles, 30 mars 1995, RJDA 1995, n°891 et CA Toulouse, 12 juin 1996, Rev. proc. coll. 1998, 289, n°16, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

En droit de l'OHADA, c'est l'article 113 alinéa 1^{er} de l'AUPC qui prévoit qu' : « *En cas de liquidation des biens, la continuation de l'activité ne peut être autorisée par la juridiction compétente que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers* ».

143. Dans tous les cas, par l'effet de la procédure de liquidation des biens ou de la liquidation judiciaire, la liberté du débiteur est restreinte dans la mesure où ce dernier est remplacé à la tête de ses affaires par l'organe compétent de la procédure collective²⁴⁶. Dans les deux cas, le maintien de l'activité du débiteur en présence d'une procédure collective liquidative ne se justifie qu'en présence d'une autorisation du tribunal, pour le but de la liquidation et après avoir pris en compte l'intérêt général.

144. A ce titre, que faut-il entendre par la notion d'«*intérêt général*», qui gouverne l'octroi ou non de l'autorisation du tribunal pour la continuation de l'activité en phase liquidative?

En France, la notion d'«*intérêt général*» pourrait être comprise dans le sens de la globalité des créanciers concernés par la procédure collective, mais elle pourrait également englober l'environnement social.

Pour l'AUPC, c'est la masse des créanciers qui pourrait être retenue en tant qu'expression de la notion de d'«*intérêt général*»²⁴⁷. En outre, lorsque l'intérêt général serait limité à la masse des créanciers, la lettre de l'alinéa 1er de l'article 113 de l'AUPC comporterait une redondance dont les justiciables pourraient vraisemblablement se passer, car l'objectif de l'OHADA est de simplifier et de clarifier les dispositions applicables. De ce fait, il nous semble que l'appréciation de la notion d'«*intérêt général*» ne doive pas se limiter aux seuls créanciers car l'expression pourrait aussi concerner les tiers, dans la mesure où les difficultés de l'entreprise

²⁴⁶ Il peut s'agir du syndic (droit de l'OHADA) ou du liquidateur judiciaire (droit français).

²⁴⁷ Il faut toutefois remarquer que contrairement à ce qui est souvent affirmé par la jurisprudence et une partie de la doctrine, la notion de masse des créanciers n'est pas totalement abandonnée en France, puisque la loi de sauvegarde s'adresse de manière récurrente à la collectivité des créanciers : C.com., art. L622-7 al. 2 : « *De même, il (le jugement d'ouverture) emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L626-1* » ; C.com., art. L622-26 al.2 : « *Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » (c'est nous qui soulignons).

peuvent souvent se communiquer aux autres entreprises du même secteur, c'est l'hypothèse de la faillite en cascade ou de l'effet *domino* de la faillite²⁴⁸. Par ailleurs, les difficultés pourraient également saborder l'économie générale du pays dans certaines circonstances. C'est le cas notamment de la liquidation des biens de la compagnie aérienne panafricaine « *Air Afrique* » qui a exercé une pression généralisée sur les économies nationales concernées, parce que la compagnie avait un rôle de vecteur d'échanges entre les Etats et que le transport aérien a un rôle important dans le développement économique en Afrique et surtout dans le cadre de la lutte contre le désenclavement de certains pays²⁴⁹.

b- La portée de l'autorisation de la juridiction compétente

145. Les dispositions exigeant une autorisation de maintien de l'activité en procédure liquidative rompent définitivement avec les pratiques antérieures qui consistaient à payer à l'échéance toutes les créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure liquidative, qu'il y ait ou non maintien de l'activité de l'entreprise.

Dorénavant, le maintien de l'activité en liquidation judiciaire et en liquidation des biens est nécessaire à la naissance de créances postérieures éligibles au traitement préférentiel, sauf pour les créances nées pour les besoins de la procédure en droit français qui bénéficient automatiquement du traitement préférentiel dans la mesure où elles remplissent toutes les conditions requises²⁵⁰. Cependant, ce type de créances n'existe pas expressément en droit de l'OHADA, sauf à les comparer aux créances des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix obtenu tels que prévus par les articles 166 et 167 de l'AUPC.

2) Les difficultés empiriques du maintien de l'activité du débiteur

146. Les difficultés pratiques du maintien de l'activité en procédure liquidative se posent à deux niveaux : d'une part, la question de la période d'observation antérieure à la liquidation judiciaire se pose et d'autre part, la question de la postdate en droit de l'OHADA doit être résolue.

²⁴⁸ L. FREUDL, *Les sûretés réelles et les privilèges spéciaux doivent-ils être considérés comme un obstacle au redressement des entreprises en difficulté ?* DEA Droit des Affaires, Promotion 2003-2004, Université Robert SCHUMAN – Strasbourg, p.6.

²⁴⁹ D. BERGONZI, *Le transport aérien en Afrique*, 20 mars 2006, Premier African Airlines forum du 6 et 7 Avril 2006.

²⁵⁰ V. *Infra*, n°346 et s.

a- La période d'observation antérieure à la liquidation judiciaire

147. En droit français, la liquidation judiciaire peut être prononcée à l'issue d'une période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire. En cas de liquidation judiciaire prononcée après la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, s'ajoutent aux créances postérieures nées après le prononcé de la liquidation, les créances postérieures nées de la période d'observation antérieure.

En droit de l'OHADA, l'article 142 de l'AUPC concernant la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens après résolution ou annulation du concordat de redressement²⁵¹, en prévoyant que les créanciers contre la première masse conservent leur droit de préférence dans le cadre de la procédure collective subséquente, permet aux créances postérieures du redressement judiciaire d'être prises en compte en tant que telles dans la procédure de liquidation des biens.

148. Nous retiendrons de tout ce qui précède que la liquidation judiciaire n'ouvre pas, en droit français, de période d'observation contrairement aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire²⁵². D'où un certain rapprochement avec le droit de l'OHADA à ce niveau entre la liquidation judiciaire et la liquidation des biens, puisque les deux législations exigent une autorisation pour la continuation de l'activité du débiteur qui fait l'objet d'une procédure à but liquidatif. En droit de l'OHADA, la période d'observation n'existe ni en redressement judiciaire, ni en liquidation des biens. En revanche, se pose le problème de postdate.

b- La postdate en droit de l'OHADA

149. L'exigence de la postériorité, au jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, de la naissance des créances bénéficiaires d'un régime de faveur, fait apparaître le problème de postdate. La postdate concerne un contrat en réalité conclu antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, mais dont le débiteur a modifié la date de conclusion, avec la complaisance du cocontractant, afin qu'il soit considéré comme un contrat conclu postérieurement au jugement d'ouverture.

²⁵¹ Il faut noter que conformément au 1° de l'article 141 AUPC, la liquidation des biens n'est prononcée qu'après la résolution ou l'annulation du concordat préventif.

²⁵² C.com., art. L622-1 : « La procédure de liquidation judiciaire est ouverte sans période d'observation à l'égard de toute entreprise mentionnée au premier alinéa de l'article L620-2 en état de cessation des paiements, dont l'activité a cessé ou dont le redressement est manifestement impossible ».

150. L'objectif de la postdate doit être déterminé, avant de tenter de trouver sa sanction.

b-1) L'objectif de la postdate

151. Le but de la postdate est de tirer parti des conséquences avantageuses de la situation des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. La postdate constitue une fraude au sens juridique du terme selon lequel : « *La fraude en matière civile ne se démarque guère de la fraude pénale. Il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'exécution des Lois* »²⁵³. Par ailleurs, il s'agit d'une fraude aisée, peu décelable et difficilement contestable en droit.

En général, les fraudes liées à la postdate apparaissent, lorsque le débiteur exerce des pouvoirs de gestion, c'est-à-dire en présence d'un redressement judiciaire tel que prévu par l'AUPC²⁵⁴. Cette pratique provient de la volonté du débiteur de faire bénéficier les créances issues du contrat en question, du régime favorable attribué aux créances postérieures.

b-2) La sanction de la postdate

152. Le Code civil, applicable dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, ne permet pas d'éradiquer les problèmes de postdate. En effet, l'article 1328 dudit Code, en prévoyant que « *les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire* », ne prend en compte que le cas de l'antidate et non pas celui de la postdate²⁵⁵.

Par conséquent, la solution au problème de postdate ne pourrait provenir que du droit pénal qui sanctionne toutes les fausses indications de délit de faux et usage de faux²⁵⁶.

²⁵³ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/fraude.php>; V. également, Civ. 1^{re} 17 novembre 2010, n°09-68399, BICC n°738 du 15 mars 2011.

²⁵⁴ Pour plus de détails, se référer aux principes du partage des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure.

²⁵⁵ F. DERRIDA, *Le financement de l'entreprise*, R.T.D. Com., 1986, n° spécial, p. 64.

²⁵⁶ C. pén., art. 441-1 : « *Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de*

Cependant, la sanction de l'infraction de faux et usage de faux nécessite un préjudice réel causé à autrui par l'altération de la vérité au moyen du support altéré. En l'espèce, l'utilisation d'une fausse date est conforme à la condition retenue par le droit pénal, puisque la postdate fait subir aux créanciers dans la masse un préjudice en soustrayant, les créances frauduleuses, au principe sacro-saint de l'égalité entre les créanciers et du gage général des créanciers.

L'OHADA n'est pas encore parvenue à uniformiser le droit pénal de ses pays membres, ce qui ne permet pas d'obtenir une solution homogène sur la question de la sanction de la postdate. D'ailleurs, les auteurs s'accordent pour dire que toute tentative d'uniformisation du droit pénal par l'OHADA est vouée à l'échec eu égard à la complexité liée aux coutumes préexistantes et au caractère de souveraineté très marqué dans cette matière²⁵⁷.

Ainsi, l'article 5 alinéa 2 du Traité de Port Louis interdit, de manière tacite, aux Actes Uniformes de l'OHADA, de fixer les sanctions pénales²⁵⁸. Ce qui met en place une sorte d'éclatement de la compétence pénale, dans la mesure où il existe, d'une part, des incriminations communes et d'autre part, des sanctions pénales nationales²⁵⁹.

En tout état de cause, la fraude de postdate affecte le sort des créanciers postérieurs dans la mesure où la faveur obtenue par la fraude a pour objet de restreindre l'assiette, déjà insuffisante, de l'actif du débiteur et, par conséquent, empêche le paiement intégral des créanciers postérieurs²⁶⁰. Une fois l'activité maintenue, il faut encore en connaître la durée, car l'objectif primordial est de sceller la situation de l'entreprise qui passe par une phase de difficultés.

la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».

²⁵⁷ R. ADAMOU, *Droit pénal des affaires au Niger : une construction duale entre droit uniforme et législation nationale*, mémoire de DEA, Université Montesquieu – Bordeaux 4, Ohadata D-05-30.

²⁵⁸ Art. 5 al. 2 du Traité de Port Louis : « Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés " actes uniformes ". Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues » ; A. FOKO, *Analyse critique de quelques aspects du Droit pénal OHADA*, Penant, n°859.

²⁵⁹ A.-M. MDONTSA FONE, *A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA*, *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol.5, n°1, 2008.

²⁶⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure*, in *les annales de l'université de Toulouse, T., XXX. IV*, P. 215, n° 14, cité par ALGADI AZIBER SEID, op. cit.

Paragraphe 2 : La durée de la continuation de l'activité du débiteur

153. La continuation de l'activité du débiteur est généralement limitée par la loi, parce que l'entreprise qui rencontre déjà des difficultés ne doit pas reconstituer un passif postérieur conséquent qu'elle ne pourra apurer. A ce niveau également, la distinction doit être faite selon que la procédure collective ouverte est non liquidative (A) ou à but liquidatif (B).

A- La durée de la continuation de l'activité du débiteur dans les procédures non liquidatives

154. La limitation de la durée du maintien de l'activité découle de l'idée selon laquelle la période d'observation n'est pas indéfinie mais limitée dans le temps²⁶¹.

155. Cela permet de dire que la durée de la période d'observation n'est donc pas illimitée, puisque le législateur en a fixé la durée en droit français (1). Par ailleurs, un éventuel dépassement de la durée préétablie pourrait conduire à des dérives (2).

1) La durée de la période d'observation en droit français

156. La question de la durée sous-tend celle de la distinction théorique entre la période d'observation initiale et la période d'observation supplémentaire.

a- La période d'observation initiale

157. Conformément à l'article L621-3 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement judiciaire est enfermée dans des délais légaux. Ainsi, la période d'observation ne doit pas dépasser six mois, renouvelables une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public.

La période d'observation voulue par la prochaine réforme de l'AUPC indique également une durée de quatre ou six mois, lorsqu'un redressement judiciaire a été prononcé. Cependant, il n'est pas encore possible de savoir si cette période peut être renouvelée ou non. De notre point de vue, la possibilité de renouveler la période de six

²⁶¹ Ch. DELATTRE, *La période d'observation n'est pas indéfinie mais limitée dans le temps*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, étude 6 concernant l'arrêt du TGI Lille, 3 septembre 2010, n° 09/06780.

mois risque de trahir les objectifs initialement assignés par l'AUPC aux procédures collectives et surtout leur célérité.

158. La période d'observation peut être prorogée tout en ayant néanmoins une période d'expiration.

a-1) La prorogation de la période d'observation

159. La durée de la période d'observation peut être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la république par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par le conseil d'Etat²⁶². Les juges ont eu l'occasion de rappeler que le tribunal ne commet pas d'excès de pouvoir en ordonnant la prolongation exceptionnelle de la période d'observation²⁶³. A la lecture de ces dispositions, on s'aperçoit que la période d'observation, y compris la prolongation exceptionnelle dévolue au Ministère Public, pourrait théoriquement durer dix-huit mois, à ne pas dépasser, en principe.

160. La durée théorique de la période d'observation n'encourage-t-elle pas à plus de laxisme ? Et surtout, une durée de dix-huit mois n'est-elle pas longue pour une entreprise qui est déjà en proie à des difficultés souvent importantes ?

Ces interrogations deviennent plus intéressantes dès lors que la célérité est une nécessité en droit commercial, en général et en droit des entreprises en difficulté, en particulier. Par ailleurs, la célérité exige normalement qu'une solution rapide et efficace puisse être trouvée aux difficultés auxquelles l'entreprise fait face dans les délais les plus courts possibles afin d'éviter un enlèvement de la situation. Conformément à ces considérations, la durée de la période d'observation telle que prévue par le Code de commerce est longue et dispendieuse, de notre point de vue un raccourcissement de ces délais serait bienvenu.

²⁶² C.com., art. R621-9 : « La période d'observation ouverte par le jugement peut être exceptionnellement prolongée, en application de l'article L621-3, pour une durée maximale de six mois. Le président fixe l'affaire au rôle du tribunal au plus tard dix jours avant l'expiration de chaque période d'observation. Le greffier convoque à cette audience le débiteur, les mandataires de justice, les contrôleurs et en avise le ministère public. Le tribunal statue sur la prolongation de la période d'observation après avis du ministère public. Il recueille préalablement les observations du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire et des contrôleurs. La décision prolongeant la période d'observation est communiquée aux personnes mentionnées à l'article R621-7 et aux contrôleurs. Elle est mentionnée aux registres ou répertoires prévus à l'article R. 621-8 ».

²⁶³ CA Chambéry, ch. com., 9 septembre 2009, n° 08/01836 : JurisData n° 2008-370602, Rev.proc. coll. n° 3, Mai 2009, comm. 70, Ch. LEBEL.

a-2) L'expiration de la période d'observation

161. Dans un autre ordre d'idées, dans la mesure où la période d'observation est limitée dans le temps, c'est-à-dire dix huit mois, qu'en est-il des créances nées après expiration de la durée théorique de la période d'observation ?

La difficulté provient de la détermination du statut des créances nées après expiration de la durée théorique de la période d'observation. S'agit-il d'une créance antérieure par fiction légale, d'une créance postérieure irrégulière ou d'une créance postérieure régulière bénéficiant du traitement préférentiel ?

A priori, la qualification de créance antérieure par fiction légale ne devrait pas être retenue, puisque la fiction est de droit strict, donc il n'y a pas de fiction sans texte. Et aucune disposition du Code de commerce ne prévoit cette possibilité de fiction légale. Ainsi, la jurisprudence a considéré que : « *La poursuite de son activité par le débiteur (est une) situation exceptionnelle et, de ce fait, nécessairement temporaire, n'est autorisée et génératrice de créances régulières que pendant la période d'enquête, (...) ; que si aucun délai n'est imparti au juge, il ne peut en aller de même du débiteur qui doit donc cesser son activité à la date d'expiration de la période d'enquête* »²⁶⁴.

Cette décision exige du débiteur le respect de la durée théorique de la période d'observation et ce, même en l'absence de solution définitive de redressement. Cependant, une partie de la doctrine a soutenu l'opinion contraire : en l'absence de solution définitive de redressement de l'entreprise en difficulté, cette dernière continue à être en période d'observation²⁶⁵.

b- La période d'observation supplémentaire

162. Il s'agit ici de savoir si l'arrêté d'un plan de sauvegarde, de redressement, de cession ou la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire pourrait avoir une influence sur la durée de la période d'observation et par conséquent, sur la nature des créances.

²⁶⁴ Com. 9 juin 1992, n°90-16.915, Bull. Civ. IV, n°231 ; Com. 2 février 1993, n° 90-21.612, Rev. proc. coll. 1993, 404, n°6, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁶⁵ F. PEROCHON, op. cit., n°462-542 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des difficultés d'entreprise*, 7^e éd., n°596, Montchrestien, Lextenso éditions, novembre 2011.

b-1) L'arrêté d'un plan de sauvegarde ou de redressement

163. Après adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le débiteur n'aura plus à se plier aux contraintes de la procédure collective, lorsque le plan est bien exécuté. De ce fait, le débiteur est considéré comme à nouveau maître de ses biens. C'est pourquoi, les créances nées après l'adoption du plan n'auront plus la qualité de créances postérieures. Ce ne sont pas non plus des créances antérieures, mais des créances de droit commun à recouvrer conformément au droit commun de recouvrement des créances²⁶⁶.

De la même manière, le passage en force de chose jugée du jugement d'homologation du concordat judiciaire remet le débiteur à la tête des affaires. Ainsi, les créances nées après le passage en force de chose jugée du concordat judiciaire sont des créances de droit commun qui ne se plient pas aux règles du droit des procédures collectives.

164. L'ambiguïté provient des créances d'honoraire des mandataires judiciaires ayant passé des actes nécessaires à l'exécution du plan. L'article L622-17 du Code de commerce ne les enferme pas dans la durée de la période d'observation²⁶⁷. Cela constitue une sorte de faveur accordée à ces créances par leur importance dans les opérations liées à la procédure collective.

165. Cependant, la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire entraîne un certain nombre de conséquences qui diffèrent selon la législation applicable à la procédure collective.

Tout d'abord, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la résolution du plan de continuation permettait l'ouverture d'une seconde procédure de redressement judiciaire, qui donnait lieu, ultérieurement, à un plan de cession ou une procédure de liquidation judiciaire²⁶⁸.

Ensuite, avec la loi du 10 juin 1994, la résolution du plan de continuation portait ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Dans les deux cas, la créance

²⁶⁶ M. BILLIAU, J. GHESTIN et G. LOISEAU, *Traité de droit civil [sous la direction de J. Ghestin] Le régime des créances et des dettes*, LGDJ ; X. DELPECH, *Dette libellée en monnaie étrangère : date de conversion en euros*, Actualité jurisprudentielle, p. 1478 note à propos de 1ère Civ. - 20 mai 2009.

²⁶⁷ A. LIENHARD, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, Études offertes au Doyen Ph. SIMLER : Dalloz-Litec 2006, p. 475, spéc. p. 485.

²⁶⁸ C.com., art. L621-82.

postérieure, appelée à l'époque « *créance de l'article 40* », de la première procédure devenait à l'ouverture de la procédure subséquente une créance antérieure à déclarer au passif²⁶⁹.

166. La situation a changé avec la loi de sauvegarde qui octroie un véritable privilège aux créances postérieures. Concernant la procédure qui sera ouverte après la résolution du plan de sauvegarde ou de continuation, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a introduit un certain nombre d'innovations selon les deux situations en présence.

D'une part, lorsqu'il s'agit de l'inexécution de ses engagements par le débiteur, et si l'inexécution n'est pas due à la survenance de la cessation des paiements, une procédure collective subséquente ne sera pas ouverte. De ce fait, les articles L626-27 et L631-19 du Code de commerce prévoient que : « *le jugement qui prononce la résolution du plan met fin aux opérations (...) et emporte déchéance de tout délai de paiement accordé* ».

D'autre part, la résolution du plan interviendra lorsque le débiteur se trouve en état de cessation des paiements au cours de l'exécution du plan. Cette situation permet de soumettre le débiteur soit à une procédure de redressement judiciaire, soit à la liquidation judiciaire lorsqu'une sauvegarde a été initialement ouverte ou à une procédure de liquidation judiciaire en cas de redressement judiciaire préalable²⁷⁰. En tout état de cause, il s'agira dès lors d'une nouvelle procédure qui sera ouverte et il faudra tenir compte de ce nouveau jugement d'ouverture pour qualifier les créances.

167. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la première procédure devront être considérées comme des créances antérieures dans le cadre de la nouvelle procédure. De ce fait, le créancier est tenu de déclarer sa créance au passif de la procédure collective. Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que : « *La priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable à la cause qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil* »²⁷¹.

²⁶⁹ Com. 28 juin 1994, n°91-16.090, Bull. Civ. IV, n°244 ; Com. 10 octobre 1995, n°93-14.601, inédit titré, Dr. Sociétés 1995, n°241, obs. Y CHAPUT.

²⁷⁰ C.com., art. L626-27.

²⁷¹ Com. 5 février 2002 n° 98-18018 Publié au bulletin.

Depuis la loi de sauvegarde, la priorité de paiement des créanciers postérieurs est devenue un véritable privilège²⁷². En effet, les créances nées postérieurement à la résolution du plan et à l'ouverture de la nouvelle procédure sont des créances postérieures dans le cadre de la procédure subséquente. En étant des créances postérieures privilégiées lors de la première procédure, les créances postérieures ne seront pas soumises au régime strict des créances antérieures lors de la nouvelle procédure collective. C'est dans ce cadre qu'un auteur a proposé de les appeler des « *créances antéropostérieures* », dans la mesure où elles sont des créances postérieures privilégiées dans la première procédure et des créances antérieures encore couvertes par le privilège antérieurement acquis, dans la seconde procédure²⁷³. Pour qu'il en soit ainsi, le créancier devra toutefois déclarer au passif de la seconde procédure sa créance en mentionnant l'existence du privilège de l'article L622-17 du Code de commerce.

b-2) L'arrêté d'un plan de cession

168. Concernant les créances nées après l'adoption d'un plan de cession, la solution donne lieu à plus ou moins de difficultés selon la législation applicable à la procédure collective.

169. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises, le plan de cession adopté dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ne met pas fin à la période d'observation²⁷⁴.

De nos jours, la cession totale de l'entreprise n'est pas à elle seule une solution de la procédure de redressement, puisque lorsque les difficultés persistent au cours de la période d'observation, l'adoption d'un plan de redressement doit permettre d'y mettre fin et d'assurer la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif²⁷⁵.

Lorsque la cessation des paiements survient au cours de la procédure, la sauvegarde doit être convertie en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

²⁷² V. infra, n°640.

²⁷³ P. LE CANNU, P. LUCHEUX et J.-P. SÉNÉCHAL, *Entreprises en difficulté*, GLN Joly, 1995, n° 1364.

²⁷⁴ C.com., art. L631-22.

²⁷⁵ C.com., art. L620-1.

En effet, le plan de cession n'existe plus, mais seulement une cession de l'entreprise, qui peut être totale ou partielle. En effet, lorsqu'une procédure de sauvegarde a été préalablement ouverte, la cession ne peut être que partielle donc guidée par la volonté individuelle du débiteur ou de l'organe de la procédure collective. Cependant, lorsque la procédure initiale est un redressement judiciaire, la cession totale peut être imposée par le tribunal. En outre, lorsque la cession est totale, la procédure doit être convertie, par la suite, en liquidation judiciaire car le redressement de l'entreprise ne doit pas être synonyme de sa vente²⁷⁶.

En effet, les créances nées après l'arrêté d'un plan de cession en redressement judiciaire sont des créances du droit commun. En présence d'un plan de cession en redressement judiciaire, la distinction se fait selon que les créances sont nées du chef du débiteur et du chef du cessionnaire. En pratique, un laps de temps peut s'écouler entre la date du jugement arrêtant le plan et la date d'entrée en jouissance du repreneur, qui est, sauf indication contraire dans le jugement arrêtant le plan de cession, la date de la rédaction des actes de cession et le transfert de propriété n'a lieu qu'à cette date²⁷⁷. A partir de cette date, les créances issues de l'exploitation de l'entreprise naissent du chef du cessionnaire et ne pourront être qualifiées de créances postérieures par ce fait. Lorsque la responsabilité de la gestion de l'entreprise a été confiée au cessionnaire, par le tribunal, avant la passation des actes de cession²⁷⁸, les créances naîtront alors du chef du repreneur et échapperont à la qualification de créances postérieures.

Les créances nées entre l'arrêté du plan de cession et la date de passation des actes de cession seront à la charge du débiteur et donc seront considérées comme des créances postérieures²⁷⁹.

Si la date de l'entrée en jouissance du repreneur est fixée à la date de l'arrêté du plan de cession, aucune créance postérieure bénéficiant du traitement préférentiel ne devrait

²⁷⁶ Ch. LEBEL, *L'issue de la période d'observation : continuation ou cession de l'entreprise ?* Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2011, alerte 24.

²⁷⁷ Com. 26 janvier 1993, n° 91-40.308 : Bull. civ. 1993, IV, n° 30 ; JCP E, 275, n° 4, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Defrénois 1994, 564, obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; D. 1993, p. 205, obs. F. DERRIDA ; Rev. proc. coll. 1993, p. 85, n° 14, obs. B. SOINNE.

²⁷⁸ Articles L642-8 et L642-13 du code de commerce.

²⁷⁹ Com. 6 décembre 1994, n° 92-10.008 : Bull. civ. 1994, IV, n° 366 ; Ph. FROELICH, *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2878 ; F. PÉROCHON, op. cit., n°1199, p.617 ; Contra, J. DEHARVENG, *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives*, D. 2006, p. 1047.

naître²⁸⁰. En revanche, lorsque la date d'entrée en jouissance du repreneur a été fixée postérieurement à la date du jugement arrêtant le plan de cession, l'activité se poursuit sous l'administration de l'administrateur ou à défaut sous la responsabilité du débiteur. De ce fait, les créances naissant à cette période seront postérieures et bénéficieront du traitement préférentiel²⁸¹.

La situation est diamétralement opposée en droit de l'OHADA où il n'existe pas de plan de cession autonome, la cession se faisant de manière partielle dans le concordat de redressement. De ce fait, la cession partielle de l'actif du débiteur ne change en aucun cas la nature des créances nées après étant donné que le passage en force de chose jugée du jugement d'homologation du concordat judiciaire rend le débiteur *in bonis*.

170. Sous la législation antérieure à la loi de sauvegarde, la question du plan de cession autonome en redressement judiciaire révèle tout son sens. Ainsi, l'adoption d'un plan de cession totale entraînera *ipso facto* l'arrêt de l'activité de l'entreprise. De ce fait, la naissance des créances postérieures éligible au traitement préférentiel sera arrêtée par l'effet du plan de cession totale. Par ailleurs, en cas d'annulation du jugement arrêtant le plan de cession, la créance née sous l'administration du repreneur reste à sa charge²⁸².

b-3) La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire

171. Conformément à l'article L621-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce, applicable en redressement judiciaire, le plan doit intervenir dans la durée théorique de dix-huit mois, à savoir six mois renouvelables une fois avec une possibilité de prorogation exceptionnelle de six mois à la demande du ministère public²⁸³.

Ainsi, lorsqu'une procédure collective est ouverte par une sauvegarde, ultérieurement convertie en redressement judiciaire, pour cause de survenance de la cessation des paiements du débiteur, on est en présence d'une seule et même procédure. Par conséquent, il n'y a pas lieu de considérer que le temps passé en sauvegarde constitue

²⁸⁰ Com. 31 mars 1998, n°95-21.740, Bull. Civ. IV, n°121; Soc. 2 octobre 2001, n°97-21.827, Bull. Civ. V, n°290.

²⁸¹ Com. 9 juin 1992, n°90-16.915, Bull. Civ. IV, n°231 ; CA Paris, 18^e ch. C, 20 octobre 1999, Rev. proc. coll. 2002, p.102, n°7, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁸² Com. 28 janvier 1997, n°94-21.401, Bull. Civ. IV, n°36.

²⁸³ C.com., art. L621-3 : « Le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public. Elle peut en outre être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'Etat ».

une première période d'observation et qu'une seconde débute après la conversion en redressement judiciaire. En l'espèce : « *La procédure a été ouverte par un jugement du 27 juillet 2007, converti en redressement judiciaire le 20 juillet 2008, soit 11 mois plus tard. La liquidation judiciaire a été prononcée le 24 mars 2010. Ainsi, la durée totale de la période d'observation est de trente-deux mois. Or, en application des articles L621-3 et R621-9 du Code de commerce, la durée maximale de la période d'observation est de dix-huit mois* »²⁸⁴. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la période d'observation a pour but la préparation et la présentation d'un projet de plan. Cependant, en l'espèce, la période d'observation a duré le double du délai maximum légal, ce qui peut légitimement laisser penser qu'aucun redressement de l'entreprise n'était possible²⁸⁵, d'où certaines dérives.

2) Les dérives liées au dépassement de la durée de la période d'observation

172. Le dépassement de la durée de la période d'observation apparaît le plus souvent en pratique et consiste à considérer que la période d'observation continue même après expiration des délais légaux, lorsqu'une solution n'a pas été prise par le tribunal quant au sort de l'entreprise²⁸⁶.

173. Pour cela, il est opportun de déterminer le sort des créances naissant après l'expiration du délai et de soulever le laxisme que revêt l'absence de sanction du dépassement de la durée.

a- Le sort des créances nées après le dépassement de la durée de la période d'observation

174. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les juges faisaient bénéficier ces créances du traitement préférentiel dévolu aux créances postérieures²⁸⁷.

Avec la loi de sauvegarde, les juges ont fini par considérer que le dépassement des délais légaux de la période d'observation ne donne pas systématiquement lieu à une

²⁸⁴ Com., 10 juin 2008, n° 07-17.043 : JurisData n° 2008-044314 ; Bull. civ. 2008, IV, n° 115 ; Act. proc. coll. 2008, comm. 202, obs. Ch. DELATTRE ; JCP E 2008, 2062, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Rev. proc. coll. 2008, comm. 119, note Ch. LEBEL ; D. 2008, p. 1764, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2008, p. 871, obs. J.-L. VALLENS ; Gaz. Pal. 27-29 juillet 2008, p. 20, note P.-M. LE CORRE.

²⁸⁵ Ch. LEBEL, *Le maintien de l'activité de l'entreprise, finalité du plan de redressement*, Droit rural n° 392, Avril 2011, comm. 58.

²⁸⁶ C.com., art. L621-3 et R621-9 ; L631-7 et R631-7.

²⁸⁷ Com. 2 février 1993, n° 90-21.612 : Rev. proc. coll. 1993, 404, n° 6, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Com. 9 juin 1992, n° 90-16.915 : Bull. civ. 1992, IV, n° 231 ; D. 1993, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA.

sanction, d'où l'expression du professeur Le Corre reprise par un auteur et selon laquelle « *après la période d'observation, on est encore en période d'observation* »²⁸⁸.

La décision de la Cour de cassation du 10 juin 2008 a permis aux créances nées après expiration des délais légaux de la période d'observation de bénéficier du traitement préférentiel. En effet, la Cour de cassation a rappelé que ni le dépassement de la période d'observation, ni sa prolongation exceptionnelle en l'absence de demande du procureur de la République n'étaient sanctionnés par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 ou par son décret d'application²⁸⁹. Cependant, les créances nées après la clôture de la procédure de sauvegarde pour disparition des difficultés qui ont permis l'ouverture de la procédure ne peuvent en aucun cas être couvertes par le traitement préférentiel car la procédure est terminée. La même solution paraît logiquement s'appliquer à la procédure de redressement judiciaire²⁹⁰.

b- L'absence de sanction du dépassement de la durée de la période d'observation : une porte ouverte au laxisme du débiteur ?

175. L'absence de sanction du dépassement de la durée de la période d'observation fait montre de la lenteur du droit français. Par ailleurs, l'absence de période d'observation dans l'AUPC, démontre la célérité du droit de l'OHADA.

b-1) La lenteur du droit français

176. Pendant la période d'observation, en pratique, certains débiteurs ne s'adonnent à la préparation du sort de l'entreprise qu'aux alentours du dixième mois de la période d'observation, ce qui est très tard²⁹¹.

Ainsi, pour confirmer cet état de fait, nous nous attacherons aux observations faites par un auteur : «*Dans le but d'obtenir une poursuite d'activité exceptionnelle, fort est de constater que certains administrateurs judiciaires et/ou débiteurs n'hésitent pas à saisir le ministère public au-delà du délai de douze mois. Bien souvent, cela s'apparente à une volonté de régulariser la procédure surtout quand la situation commence à s'envenimer*

²⁸⁸ Com., 10 juin 2008: JCP E 2008, 2062, n° 3, obs. CABRILLAC; Act. proc. coll. 2008, comm. 202, obs. Ch. DELATTRE ; ; Rev. proc. coll. 2008, p. 119, obs. Ch. LEBEL ; D. 2008, p. 1764, obs. A. LIENHARD.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ Voir P. LE CANNU, op. cit., 7^e éd., n°761.

²⁹¹ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Delmas, 3e éd. 2009, n° 903.

*notamment par la constitution d'un passif postérieur. Selon nous, le ministère public ne peut tolérer, ni valider une telle pratique »*²⁹².

En ce sens, il nous semble nécessaire que les juges doivent rappeler prochainement que la saisine du Ministère Public, dans le but d'obtenir une prolongation exceptionnelle, ne peut se faire qu'avant l'expiration du délai légal de la période d'observation de douze mois et non pas après.

Il faut surtout savoir que le redressement d'une entreprise a besoin d'anticipation d'où l'expression d'un auteur selon laquelle : « (La décision du TGI de Lille du 3 septembre 2010) permet de rappeler certaines évidences ainsi que la nécessité de changer certains comportements qui consistent « à tirer » sur les délais jusqu'à la cassure ! L'avenir de l'entreprise s'anticipe. L'oublier peut avoir de fâcheuses conséquences. La présente décision en est un exemple significatif »²⁹³.

Ainsi, dans une espèce, la Cour d'appel a eu l'occasion de souligner le fait que les débiteurs ont bénéficié d'une période d'observation particulièrement longue à l'issue de laquelle ils n'ont pas été en mesure de proposer un projet de plan crédible²⁹⁴.

b-2) La célérité du droit de l'OHADA

177. En droit de l'OHADA, l'absence d'une période dite d'observation a l'avantage de circonscrire la naissance et le volume de créances postérieures à payer à l'échéance et permet au surplus de diminuer les difficultés supplémentaires que le paiement à l'échéance de créances postérieures pose à l'entreprise quant à son redressement. C'est justement dans cet objectif que la durée du maintien de l'activité du débiteur en redressement judiciaire n'a pas été clairement définie, à tout le moins, elle n'a pas été chiffrée par l'AUPC.

Pour justification, la non connaissance expresse du délai préétabli du maintien de l'activité permet, à tort peut-être, au débiteur de se précipiter dans les opérations de redressement avant qu'il ne soit trop tard et que la situation ne soit jugée irrémédiablement compromise et la procédure convertie en liquidation des biens.

²⁹² Ch. DELATTRE, *La période d'observation n'est pas indéfinie mais limitée dans le temps*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, étude 6.

²⁹³ Loc. cit.

²⁹⁴ Caen, 27 janv. 2011, n° 10/01034, 10/01035 et 10/0103, inédit.

En tout état de cause, pour connaître la durée du maintien de l'activité en redressement judiciaire, il faut procéder à une lecture des textes de l'AUPC.

En effet, pour connaître l'étendue de la période de maintien de l'activité pendant laquelle peuvent naître des créances postérieures, il faut se référer à la lettre de l'article 27 alinéa 1^{er} AUPC selon lequel : « *En même temps que la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus ou, au plus tard, dans les quinze jours qui suivent celle-ci, le débiteur doit déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise* »²⁹⁵. Ainsi, conformément à cette disposition, le débiteur doit proposer en même temps que la déclaration de cessation des paiements, une offre de concordat. En effet, l'offre de concordat est la condition *sine qua non* d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, puisqu'elle a pour but de juger la possibilité de redressement de l'entreprise. De ce fait, il n'existe pas de période d'attente entre la déclaration de cessation des paiements, voire l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et la présentation d'une offre de concordat. Cela marque une différence notable avec le droit français des procédures collectives qui connaît une période dite d'observation pendant laquelle les créances postérieures naissent favorablement dans la mesure où l'activité de l'entreprise est observée en cette période.

En ce sens, l'inconvénient principal des dispositions de l'article 27 alinéa 1^{er} provient du fait que le débiteur n'aura pas assez de temps pour réfléchir à une solution idoine de redressement. En revanche, cette limitation temporelle a pour avantage de permettre au débiteur de faire preuve d'une capacité d'anticipation sur les difficultés avant même, pour la plupart des cas, que la cessation des paiements ne soit caractérisée²⁹⁶.

Néanmoins, l'article 112 alinéa 1^{er} de l'AUPC prévoit qu'en redressement judiciaire, l'activité du débiteur est continuée pour une durée indéterminée sauf décision contraire du juge-commissaire. En procédant à un rapprochement entre l'article 112 alinéa 1^{er} et l'article 27 alinéa 1^{er} de l'AUPC, nous nous rendons compte que l'activité du débiteur

²⁹⁵ Art. 25 AUPC : « *Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes. La déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé* ».

²⁹⁶ Il faut rappeler à cet effet qu'une distinction notable existe entre l'insolvabilité et la cessation des paiements. En effet, une entreprise peut passer par une phase de difficultés financières importantes sans être en cessation des paiements.

en redressement judiciaire se poursuit pour une durée indéterminée, d'une part ; alors que d'autre part, l'ouverture de la procédure est soumise à la présentation d'une offre de concordat, sachant que l'homologation du concordat met fin à la procédure de redressement judiciaire.

Dès lors, il faut conclure que l'activité du débiteur est maintenue, donc les créances postérieures naîtront, jusqu'à l'homologation du concordat préparée par la présentation de l'offre de concordat. Par conséquent, des créances prioritaires naîtront après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire, pendant la phase de consultation et de vote de concordat, jusqu'à l'homologation du concordat judiciaire.

Les difficultés soulevées par la durée du maintien de l'activité se posent sous un tout autre aspect lorsqu'il s'agit d'une procédure à but liquidatif.

B- La durée du maintien de l'activité autorisée en phase liquidative

178. Les règles applicables au maintien autorisé de l'activité du débiteur doivent être déterminées (1), avant de justifier leur édicton (2).

1) Les règles applicables à la durée du maintien de l'activité autorisée

179. En liquidation judiciaire, le maintien de l'activité peut être autorisé dans les conditions prévues à l'article L641-10 du Code de commerce pour une période qui ne peut excéder trois mois, sous réserve des dispositions applicables aux exploitations agricoles²⁹⁷. Cette autorisation peut être prolongée une fois, pour la même période, à la demande du Ministère Public²⁹⁸. En somme, la durée du maintien de l'activité en liquidation judiciaire ne doit pas, théoriquement, dépasser six mois.

En matière de liquidation des biens, c'est l'article 113 de l'AUPC qui vient expressément limiter la durée de la continuation de l'activité qui n'est d'ailleurs qu'exceptionnelle. Ainsi, en cas de liquidation des biens, la continuation de

²⁹⁷ C.com., art. L621-3 : « Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation » ; C.com., art. L641-10 : « Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, ce délai est fixé par le tribunal en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions concernées ».

²⁹⁸ C.com., art. R641-18 : « Le maintien de l'activité peut être autorisé dans les conditions prévues à l'article L641-10 pour une période qui ne peut excéder trois mois, sous réserve des dispositions applicables aux exploitations agricoles. Cette autorisation peut être prolongée une fois, pour la même période, à la demande du ministère public ».

l'exploitation ou de l'activité cesse trois mois après l'autorisation, à moins que la juridiction compétente ne la renouvelle une ou plusieurs fois. En tout état de cause, elle doit prendre fin un an après le prononcé de la liquidation des biens, sauf décision spécialement motivée de la juridiction compétente pour cause grave, dans des cas exceptionnels.

2) La justification de la limitation de la durée du maintien de l'activité autorisée

180. L'exigence d'une limitation temporelle en procédure liquidative peut se justifier par le fait que la liquidation des biens et la liquidation judiciaire n'interviennent que lorsque la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise, donc seulement s'il n'existe aucune chance de redresser l'entreprise.

De ce fait, l'AUPC octroie une durée suffisamment longue au maintien de l'activité en liquidation des biens, puisqu'elle peut atteindre la durée d'une année. Cela démontre une différence notable avec le droit français. Cette différence montre que le législateur de l'OHADA a pris en compte la complexité et la difficulté des opérations de liquidation qui peuvent prendre du temps. Et sachant que le maintien de l'activité est essentiel à la bonne exécution de ces opérations, la durée d'une année semble justifiée.

Certes la détermination du critère chronologique est une exigence préalable à la connaissance de la nature des créances de la procédure collective, mais elle ne saurait suffire. C'est pour cette raison que les législations françaises et de l'OHADA ont adjoint à ce critère, un critère organique lié à la régularité de la naissance de la créance.

CHAPITRE II : LE CRITERE ORGANIQUE

181. La notion de régularité a été historiquement utilisée pour la première fois dans l'article 40 alinéa 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 qui prévoyait que : *«Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie»*²⁹⁹. Selon un auteur, la régularité doit s'apprécier par rapport à l'interdit. En d'autres termes, la naissance des créances postérieures régulières ne peut pas provenir d'actes interdits, à l'image de la poursuite illicite de l'activité de l'entreprise en période d'observation³⁰⁰ ou encore la poursuite non autorisée de l'activité en liquidation judiciaire³⁰¹.

De manière concrète, la régularité de la naissance de la créance postérieure bénéficiant du traitement préférentiel s'apprécie selon l'étendue des règles de contrôle dévolues aux organes de la procédure collective et au débiteur. De ce fait, la régularité de la naissance des créances postérieures dépend du respect par l'organe, à l'origine de la naissance de ladite créance, des pouvoirs qui lui ont été conférés par le jugement d'ouverture.

182. De nos jours, c'est l'article L622-17-I du Code du commerce, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, qui exige la régularité de la naissance des créances postérieures³⁰². L'article L641-13-I du même Code reproduit l'exigence de la naissance régulière de la créance postérieure en liquidation judiciaire³⁰³.

En droit OHADA, c'est l'article 117 de l'AUPC qui exige la régularité des créances nées postérieurement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, puisque *«toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse (...)»*³⁰⁴.

²⁹⁹ C'est nous qui soulignons.

³⁰⁰ P. LE CANNU, op. cit., 7^e éd., n°760.

³⁰¹ J.L. VALLENS, op. cit., éd. 2007, n°3118.

³⁰² C.com., art. L622-17-I : *« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ».*

³⁰³ C.com., art. L641-13-I : *« Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité ».*

³⁰⁴ C'est nous qui soulignons.

183. Par conséquent, le débiteur peut-il, par son fait ou sa faute, faire naître, au profit de la victime, une créance délictuelle ou quasi délictuelle ?

La réponse à cette question a fait naître en France, un vrai débat doctrinal. Ainsi, pour les uns, la réponse est affirmative sans aucune distinction³⁰⁵. Pour d'autres, une distinction s'impose selon que le comportement du débiteur s'inscrit dans le prolongement de l'activité professionnelle du débiteur³⁰⁶. Cependant, les juges français ont eu l'occasion de préciser, sous l'empire de la loi de 1985 modifiée en 1994, que l'article 40 était applicable à la créance de réparation de la victime, lorsque le partage des pouvoirs entre les organes de la procédure et le débiteur a été respecté³⁰⁷.

Cependant, en droit de l'OHADA, selon un auteur, tout fait juridique, délit ou quasi-délit, est bloqué par l'effet du dessaisissement partiel ou total du débiteur. De ce fait, *« les créances de réparation de délits et quasi-délits commis par le débiteur après le jugement d'ouverture sont inopposables à la masse »*³⁰⁸.

184. A cet égard, la question de la régularité de la naissance des créances postérieures se pose dans le cadre des créances nées, d'une part, de la continuation des contrats en cours (Section 1) et d'autre part, pour les créances nées de la conclusion des nouveaux contrats après le jugement d'ouverture de la procédure collective (Section 2).

³⁰⁵ M. CABRILLAC, *L'article 40 de la loi nouvelle et les nouveaux privilèges de procédure*, Rev. proc. coll. 1986, n°11 p.13 s.

³⁰⁶ V. entre autres C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°594, p.371 ; F. PEROCHON, op. cit., n°760, p.378.

³⁰⁷ Com. 13 octobre 1998, n°95-21.988, Bull. Civ. IV, n°240 (en matière de contrefaçon).

³⁰⁸ F.-M. SAWADO GO, op. cit., n°175, p.170.

Section 1 : La régularité des créances nées de la continuation des contrats en cours

185. La question du domaine de la continuation des contrats en cours est très importante dans le cadre de la détermination du périmètre des créances postérieures. En effet, cette question se pose plus précisément en matière de maintien, de plein droit ou autorisé, de l'activité du débiteur.

En outre, la continuation des contrats en cours a aussi son importance en liquidation des biens, puisqu'elle permet à l'organe de la procédure collective d'obtenir un meilleur produit de la liquidation par l'achèvement des fabrications en cours, par exemple³⁰⁹.

186. Par ailleurs, deux questions principales sous-tendent l'étude des créances nées de la continuation des contrats en cours, à savoir la détermination du contrat en cours lui-même (Paragraphe 1) et l'importance de l'intervention de l'organe de la procédure pour asseoir la régularité des créances nées de la continuation des contrats en cours (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La détermination du contrat en cours

187. La détermination du contrat en cours renvoie, d'une part, à une incursion dans la notion même de contrat en cours (A) ; avant d'aborder, d'autre part, la question des contrats exclus de la continuation des contrats en cours (B).

A- La notion de contrat en cours

188. L'AUPC n'a pas défini la notion de contrat en cours à laquelle il fait référence dans ses dispositions énumérées sous la neuvième section intitulée l'« *Exécution des contrats en cours* ».

En revanche, le droit français a depuis longtemps donné une définition à la notion des contrats en cours³¹⁰.

Cette définition était également appliquée par les juges dans la plupart des pays membres de l'OHADA avant l'entrée en vigueur de l'AUPC, c'est-à-dire sous l'empire

³⁰⁹ F.M. SAWADOGO, op. cit., n° 189, p.181.

³¹⁰ F. DERRIDA, *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire*, RJDA 1993. 399.

de la loi du 4 août 1889 sur les faillites. De ce fait, il semble que la même définition de la notion de contrat en cours reste aujourd'hui encore applicable, même si aucune décision de la Cour suprême de l'OHADA n'a été rendue en la matière.

189. Dans la mesure où la continuation des contrats en cours ne concerne que le contrat en tant qu'acte juridique constitué par l'accord de volontés et destiné à produire des effets juridiques, est un contrat en cours celui qui continue à exister au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective et dont les prestations à la charge du débiteur, sous procédure collective, n'ont pas encore été exécutées³¹¹.

190. Il découle de ce qui précède que les contrats dont la condition suspensive s'est réalisée avant le jugement d'ouverture ne sont pas des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture³¹². Ne sont pas également des contrats en cours, les contrats rompus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. C'est ainsi que la clause résolutoire insérée dans un contrat de crédit-bail immobilier qui a pleinement produit ses effets avant le prononcé du jugement d'ouverture, fait échapper ledit contrat au domaine des contrats en cours³¹³.

191. En retenant le critère selon lequel un contrat, pour être en cours, ne doit pas être totalement exécuté au jour du jugement d'ouverture, certains auteurs font correspondre les contrats en cours à la seule catégorie des contrats à exécution successive³¹⁴. Cette opinion a été par la suite abandonnée par la doctrine majoritaire qui précise que les contrats en cours ne peuvent pas être limités à la catégorie des contrats à exécution successive. Ainsi il pourrait s'agir de contrats à exécution instantanée dont l'exécution a été différée³¹⁵. Cette précision permet de prendre en compte, parmi les contrats en cours, les contrats affectés d'un terme ou d'une condition suspensive, ainsi que ceux dont l'exécution a été momentanément suspendue³¹⁶.

192. C'est la jurisprudence qui intervient pour compléter les prémices de la définition de la notion de contrat en cours dégagées par la doctrine. En ce sens, les juges ont

³¹¹ J.-Ph. HAEHL, art. précité, LPA n°17, 8 juillet 1996.

³¹² Com. 18 novembre 1980, D. 1981, n°131, note A. H., JCP éd. Cl 1981. 9780, no 18, obs. CABRILLAC et ARGENSON.

³¹³ Com. 9 mai 1995, D. 1995, IR 148.

³¹⁴ Pour l'exclusion des seuls contrats à exécution successive, v. P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n°431.22, p.634 ; F. M. SAWADO, *op. cit.*, n°189, p.189.

³¹⁵ F. PÉROCHON, *op.cit.*, n°761, p.378 ; C. SAINTALARY-HOUIN, *op. cit.*, n°550, p.344 ; J. VALLANSAN, *Difficultés des entreprises*, 6e éd., 2012, coll. Droit et Professionnels, Litec, n°103.

³¹⁶ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *op. cit.*, n° 155 et s. ; *contra* : E. LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 156.

procédé à une étude casuistique pour relever la prestation caractéristique de chaque catégorie contractuelle, afin de déterminer si le contrat est ou non en cours³¹⁷.

Cette recherche de la prestation caractéristique se déroule de la même manière que dans le cadre de la délimitation entre les créances antérieures et postérieures, pourtant les conséquences ne sont pas les mêmes étant donné qu'il s'agit ici de savoir si le contrat est ou non en cours³¹⁸.

193. La situation diffère lorsqu'il s'agit d'un bail commercial. En effet, l'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas la résiliation automatique du bail commercial.

Il en est de même en droit de l'OHADA où l'AUPC prévoit la continuation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur à l'ouverture d'une procédure collective³¹⁹.

De ce fait, le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé, par conséquent, il ne constitue pas un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger l'exécution³²⁰.

En présence d'une clause résolutoire, la résiliation du bail peut être acquise automatiquement avant le jugement d'ouverture, dans ce cas, le contrat n'est plus en cours d'existence, ni d'exécution et la question de sa poursuite ne se posera pas³²¹. Pour cela, outre un commandement de payer resté infructueux pendant un mois, il faut que le preneur ne puisse plus obtenir du juge des référés la suspension des effets de la clause, ce qui requiert une décision passée en force de chose jugée, donc insusceptible de voies

³¹⁷ Com. 9 avril 1991, Bull. civ. IV, no 127; 22 octobre 1996, D. 1996, IR 263; 1er février 2000, D. 2000, AJ 144, obs. A. LIENHARD, Rev. proc. coll. 2002. 182, obs. F. MACORIG-VENIER; pour la cession de parts sociales : Com. 22 octobre 1996, Defrénois 1997. 467, obs. P. LE CANNU, Rev. proc. coll. 1998. 290, obs. F. MACORIG-VENIER. Com. 2 mars 1999, Act. proc. coll. 1999, no 91, obs. J. VALLANSAN, LPA 1er févr. 2000, p. 21, note Ch.-H. GALLET. Com. 5 mai 2004, D. 2004, AJ 1525, obs. A. LIENHARD, Act. proc. coll. 2004, no 139, obs. F. PÉROCHON, Rev. proc. coll. 2004, 225, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE. Com. 7 mars 2006, Act. proc. coll. 2006, no 93, obs. M.-H. MONSERIE-BON; Com. 2 mars 1993, D. 1993. 572, note Ph. DEVESA; 14 décembre 1993, D. 1995, somm. 7, obs. F. DERRIDA; 13 avril 1999, D. 2000. 257, note P. LIPINSKI; Cass. 1re civ. 28 mars 2000, Defrénois 2000. 720, obs. J.-L. AUBERT, D. 2000. 482, note S. PIEDELIEVRE; Com. 19 janvier 1999, RJDA 1999, no 307; Soc. 13 mars 1997, D. 1997, IR 83; Com. 19 mai 2004, Rev. proc. coll. 2004. 224, obs. ROUSSEL-GALLE.

³¹⁸ De toute façon, le jugement d'ouverture de la procédure collective est la ligne de démarcation permettant de considérer qu'un contrat est ou non en cours.

³¹⁹ Cf. art. 97 AUPC.

³²⁰ Cass. ass. plén., 7 mai 2004, D. 2004. AJ 1451, obs. A. LIENHARD; D. 2004. Somm. 2142, obs. P.-M. LE CORRE.

³²¹ Voir B. MEUKE, *Brèves observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA* : <http://meuke.blogspot.fr/2008/11/breves-observations-sur-le-sort-du-bail.html>

de recours, avant le jugement d'ouverture³²². Conformément aux dispositions de l'article L143-2 du Code de commerce, le bailleur devra penser à notifier aux créanciers inscrits sur le fonds sa demande de constat de la résiliation du bail par le jeu de la clause résolutoire, sous peine d'inopposabilité de plein droit de la résiliation à leur égard³²³.

Néanmoins, la possibilité de continuer les contrats en cours n'empêche pas que certains contrats soient exclus du domaine de la continuation des contrats en cours et ce, dès l'ouverture d'une procédure collective.

B- Les contrats exclus de la continuation des contrats en cours

194. La continuation des contrats en cours obéit à une règle (1) qui souffre de quelques exceptions (2).

1) La règle de la continuation des contrats en cours

195. L'article L622-13 du Code de commerce comme l'article 107 de l'AUPC, prévoient que le cocontractant ne peut se prévaloir d'aucune disposition légale ou clause contractuelle pour fonder la rupture du contrat par la simple ouverture d'une procédure collective contre le contractant³²⁴. En outre, toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite.

Cette disposition commune aux deux législations objet de la présente étude permet de protéger les cocontractants contre les ruptures abusives des contrats, pourtant en cours, dès lors qu'une procédure collective a été ouverte.

Les juges français ont eu l'occasion d'affirmer que : « *La résiliation du contrat de concession notifiée par le concédant quelques jours avant la mise en redressement judiciaire du concessionnaire, mais après que celui-ci a déclaré son état de cessation des paiements, n'est pas nulle dès lors que, fondée sur une autre cause que le dépôt de bilan, elle n'est pas entachée de mauvaise foi ou de fraude de la part du concédant, dont*

³²² Com.12 juin 1990, D. 1990. 450, 2^e esp., note F. DERRIDA ; 9 déc. 1997, Loyers et copr. 1998, n° 129 ; CA Douai, 6 mars 2007, Loyers et copr. 2007, n° 247 ; Civ. 3^e, 9 janv. 2008, Loyers et copr. 2008, n° 83, obs. Ph.-H. BRAULT.

³²³ Civ. 3^e, 12 juillet 2006, n° 05-14.396, D. 2006. AJ 2242, obs. Y. ROUQUET.

³²⁴ Com. 22 janvier 2002, Act. proc. coll. 2002, n° 102 ; 2 mars 1993, Bull. civ. IV, no 87, D. 1993, IR 77.

*il n'est pas établi qu'il connaissait l'état de cessation des paiements ou sa déclaration au moment où il a mis en œuvre la clause résolutoire »*³²⁵.

2) Les exceptions à la règle de la continuation des contrats en cours

196. Cependant, certains contrats sont expressément exclus du champ d'application de la continuation des contrats en cours. En d'autres termes, ces contrats exclus ne donneront pas naissance à des créances postérieures, puisque le jugement d'ouverture de la procédure collective entraîne automatiquement leur résiliation.

197. L'exclusion des contrats en cours est beaucoup plus marquée en droit de l'OHADA où certains contrats ne peuvent pas donner naissance à des créances postérieures dans la mesure où ils ne seront pas continués à l'ouverture d'une procédure collective.

C'est l'article 107 de l'AUPC qui prévoit cette exclusion en disposant que : « Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite »³²⁶.

198. Ainsi, l'AUPC exclut du domaine des contrats en cours, les contrats prévus expressément par la loi de chaque Etat partie et les contrats *intuitu personae*. En ce sens, ces contrats sont résolus de plein droit par l'effet de l'ouverture d'une procédure collective.

a- L'exclusion des contrats expressément prévus par la loi de chaque Etat partie

199. Ce premier cas d'exclusion, uniquement contenu dans le droit uniforme des affaires, pose deux difficultés majeures : une difficulté de compréhension et une difficulté de justification.

a-1) Une exclusion incompréhensible

200. L'AUPC et la jurisprudence communautaire n'ont pas donné de définition précise de l'expression « *contrats expressément prévus par la loi de chaque Etat* »

³²⁵ Com. 19 mars 2002, RJDA 2002, n° 908.

³²⁶ C'est nous qui soulignons.

partie », ce qui a le mérite de faire perdurer l'ambiguïté profonde du texte. En effet, il peut ressortir d'une première lecture de la disposition ci-mentionnée que l'AUPC accepte que les Etats parties puissent valablement prévoir, dans leur législation nationale, que certains contrats nommément désignés peuvent prendre fin du fait de l'ouverture d'une procédure collective.

201. C'est la doctrine qui essaie de pallier le manque de détermination du contour de l'expression utilisée dans l'AUPC. En effet, un auteur a fait l'effort de déterminer les contrats pouvant faire l'objet de cette exclusion³²⁷. On peut ainsi trouver parmi les contrats pouvant faire l'objet d'une exclusion expressément prévue par la loi nationale de l'Etat partie, des contrats variés dont les marchés publics. Ces derniers seront résiliés de plein droit et sans indemnité par les pouvoirs publics adjudicateurs, lorsque le cocontractant n'avait pas l'autorisation du tribunal pour continuer l'exploitation à la survenance d'une procédure collective³²⁸.

a-2) Une exclusion injustifiée

202. La question de la justification de l'exclusion des contrats expressément prévus par la loi nationale se pose. Il s'agit surtout de savoir si l'exclusion prévue par l'article 107 de l'AUPC n'est pas contraire à l'article 10 du Traité de Port Louis conformément auquel « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». En d'autres termes, la disposition qui concerne le pouvoir d'exclusion de certains contrats par la volonté des Etats parties n'est-elle par contraire à l'esprit général du droit de l'OHADA ?

Les contrats exclus, par renvoi de l'AUPC à la loi de chaque Etat partie, sont généralement, nous le pensons, des contrats importants pour l'épanouissement et la survie de toute entreprise, surtout lorsque celle-ci est en difficulté. De ce fait, la loi de l'Etat partie qui exclurait la continuation de certains contrats en cours, contredirait, purement et simplement, les objectifs de l'AUPC qui tiennent au redressement de l'entreprise.

³²⁷ J. M. NYAMA, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Cerfod, 2004, p.358 et s.

³²⁸ Civ. 31 juillet 1912 : D. 1913. 1. 81, cité par A. AZIBER SEÏD.

203. Par ailleurs, nous constatons un risque possible d'émergence de droits nationaux résiduels en marge du droit africain unifié des affaires, du fait de l'apparition d'une liste incontrôlable de contrats exclus établie par chaque Etat partie selon son bon vouloir³²⁹. Cette liste conduirait à une réapparition de l'insécurité juridique et judiciaire que le Traité de Port Louis a voulu pourtant supprimer par un important effort d'uniformisation du droit des affaires en Afrique.

Sur le plan pratique, la latitude que l'expression de l'AUPC donne aux Etats parties risque de conduire à des incohérences et donc à mettre en œuvre l'échec total de l'objectif poursuivi par la continuation de l'activité et son corolaire la continuation des contrats en cours : le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

Hormis les contrats expressément prévus par la loi de chaque Etat partie, l'AUPC permet également d'exclure du champ de la continuation des contrats en cours, les contrats conclus *intuitu personae*.

b- L'exclusion des contrats conclus intuitu personae

204. L'AUPC a maintenu l'exclusion des contrats *intuitu personae* du domaine de la continuation des contrats en cours. Cette exclusion donne lieu à des conséquences qu'il serait opportun de déterminer.

b-1) Le maintien de l'exclusion des contrats intuitu personae en droit de l'OHADA

205. Bien qu'une partie de la doctrine considère que le caractère *intuitu personae* tend à disparaître dans le domaine contractuel en France, il retrouve tout son sens en droit de l'OHADA³³⁰. Cependant, l'exclusion des contrats *intuitu personae* du domaine des contrats en cours compromet indéniablement le redressement efficace de l'entreprise dans la mesure où elle coupe cette dernière de son environnement naturel qui est le contrat³³¹. En effet, la continuation des contrats *intuitu personae* peut être indispensable au sauvetage de l'entreprise, au même titre que tous les autres contrats conclus par l'entreprise dans le cadre de son activité.

³²⁹ A. AZIBER SEID, op. cit., n°41, p. 42.

³³⁰ V. entre autres : D. KRAJESKI, *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse université de Toulouse 1 – Sciences sociales, 1998, Doctorat et notariat, coll. des Thèses, 2001 ; AZOULAI, *L'élimination de l'intuitu personae dans le contrat*, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960.

³³¹ A. AZIBER SEID, op. cit., n° 43, p. 43.

Le droit français des procédures collectives a connu une disposition analogue dans les législations antérieures à celle du 25 janvier 1985. L'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 a *in fine* supprimé l'exclusion des contrats *intuitu personae* du domaine des contrats en cours³³². En effet, l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 ne distinguait plus, en la matière, entre les contrats *intuitu personae* et les autres types de contrats³³³.

Force est de constater que le fondement juridique de l'exclusion des contrats conclus *intuitu personae*, sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 25 janvier 1985, était d'une part l'article 2003 du Code civil concernant le mandat³³⁴, et d'autre part l'article 1865-4° du Code civil sur le contrat de société de personnes.

206. Néanmoins, l'exclusion des contrats *intuitu personae* peut se justifier par la nature même de ce type de contrat. En effet, l'*intuitu personae* est une locution latine utilisée pour qualifier un contrat conclu en considération de la personne avec laquelle il a été passé. De ce fait, le contrat de travail, le mandat, le louage d'ouvrage ayant pour objet de réaliser un portrait, sont des contrats consentis en considération des qualités de la personne avec qui ils ont été conclus³³⁵.

Par leur prise en compte des qualités propres au cocontractant, les obligations contenues dans les contrats *intuitu personae* ne peuvent être exécutées que par le débiteur, cocontractant, en sa personne, étant donné que la masse de créanciers ne peut pas se substituer à lui. En effet, la masse des créanciers est une personne morale *sui generis* distincte de la personne du débiteur, ce qui rend inopérante la continuation des contrats assortis de clause déclarant le contrat *intuitu personae*.

³³² Art. 37, loi du 25 janvier 1985 : « (...) *nonobstant toute disposition légale, (...) aucune résiliation ou résolution ne peut résulter du seul fait de l'ouverture de la procédure* ».

³³³ Civ. 1^{re}, 17 juin 1975, Bull. Civ. I n°199 ; Com. 8 décembre 1987, Bull. civ n°266, D. 1987, 53, 2^e espèce, note F. DERRIDA : concernant les contrats de crédit. V. aussi pour la doctrine en la matière, RIPERT et ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, T2, LGDJ, 17^e éd..

³³⁴ C.civ., art. 2003 : « *Le mandat finit :*

Par la révocation du mandataire,

Par la renonciation de celui-ci au mandat,

Par la mort naturelle ou civile (la mort civile n'existe plus de nos jours), la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ».

³³⁵ Pour aller plus loin, v., N. ALAHYANE, *Les conséquences du caractère intuitu personae du contrat de licence de brevet et du contrat de licence de marque*, Paris, édité par l'auteur, 1999 ; D. HOUTCIEFF, *Contribution à l'étude de l'intuitu personae. Remarques sur la considération de la personne du créancier*, RTD Civ., 2003, n° 1, p. 3 ; G. KOSTIC, *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V, 1997.

Cependant, la difficulté née de l'impossibilité pour une autre personne de se substituer au débiteur, partie à un contrat *intuitu personae*, a été supprimée par la loi du 25 janvier 1985. Depuis, la loi du 25 janvier 1985 n'écarte plus le débiteur de la tête de ses affaires en cas de redressement judiciaire. Il est simplement assisté par l'organe de la procédure collective. Par conséquent les contrats conclus *intuitu personae* ne souffriraient plus du changement de la personne du cocontractant, car le débiteur reste à la tête de ses affaires même si ses prérogatives se trouvent restreintes par l'effet de la procédure collective³³⁶.

En tout état de cause, le seul avantage, si minime soit-il, que nous pourrions tirer des exclusions de certains contrats du dispositif de continuation des contrats en cours de l'AUPC, concerne la possibilité de limiter, voire circonscrire, la naissance des créances postérieures, dans le cadre de la procédure collective de l'entreprise en difficulté. En ce sens, l'exclusion de certains contrats du régime de la continuation des contrats en cours permet, outre certaines conséquences, d'éviter la constitution d'un passif postérieur important difficile à payer.

b-2) Les conséquences de l'exclusion des contrats *intuitu personae*

207. Toutefois, nous soulignons que dans la plupart des cas, les obligations issues des contrats *intuitu personae* intéressent de près le patrimoine du débiteur. Ne pas les continuer risque de rendre difficile le redressement de l'entreprise, autant que le fait de ne pas continuer les autres contrats non conclus *intuitu personae*.

Cette difficulté est d'autant plus palpable que le nombre des contrats *intuitu personae* est important dans les relations qu'une entreprise entretient avec les tiers³³⁷. C'est le cas notamment des conventions de compte courant et d'ouverture de crédit, du cautionnement, du contrat de commission, des contrats de franchise et de concessions d'exclusivité ou encore des contrats de société de personnes.

208. L'étude de la conséquence de l'exclusion des contrats *intuitu personae* sur le patrimoine du débiteur sera limitée à la continuation des conventions de compte courant en cours et à la continuation des contrats de société.

³³⁶ F. PÉROCHON, op. cit., n°674, p.339 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 544 ; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, thèse, n° 177 et s. Y. GUYON, op. cit., n° 1208.

³³⁷ M.-E. ANDRÉ, *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels*, Mélanges M. CABRILLAC, 1999, Litec, p. 23.

b-2-1) La continuation des conventions de compte courant en cours

209. La Cour de cassation française a eu l'occasion d'admettre dans un arrêt retentissant du 8 décembre 1987 que : « *L'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement, sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne* »³³⁸. En l'espèce, il s'agissait de la continuation des contrats bancaires en cours, fortement marqués par un caractère *intuitu personae*.

En effet, les conventions qui lient l'entreprise débitrice aux différentes banques ont une importance certaine en cas de redressement judiciaire et surtout dans le cadre du maintien de l'activité.

Au surplus, le fonctionnement du compte bancaire du débiteur doit être maintenu, ne serait-ce que pour y enregistrer les transactions, souvent nombreuses, avec les fournisseurs dans la mesure où les transferts de fonds importants ne sauraient se faire en espèce et ce, conformément aux exigences de sécurité et de célérité propres au monde des affaires³³⁹.

Dans une certaine mesure, la situation des conventions de compte courant pose des problèmes particuliers parce que leur mécanisme repose sur un règlement simplifié des créances réciproques des parties. En effet, le fonctionnement du compte courant permet au banquier de payer des créances antérieures par des remises postérieures au jugement d'ouverture³⁴⁰. Cependant, en pratique, le banquier établit simplement le solde provisoire du compte courant qui sera déclaré au passif de la procédure. Cela permet de faciliter la continuation de la convention de compte courant et l'enregistrement des opérations nées après le jugement d'ouverture de la procédure³⁴¹.

210. Le Code monétaire et financier dans son article L313-12 alinéa 2 ouvre la possibilité à l'établissement bancaire de rompre sans préavis une ouverture de crédit,

³³⁸ D. 1988. 52, note F. DERRIDA, JCP 1988. II. 20927, note M. JEANTIN.

³³⁹ Com. 28 juin 1994, D. 1994, IR 205, Dr. Sociétés novembre 1994, n° 189, obs. Y. CHAPUT.

³⁴⁰ M.-J. CAMPANA, *De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant*, Banque 1986. 952 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 545 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., n° 3049.

³⁴¹ Com. 6 février 1996, D. 1996, IR 70 ; 6 janvier 1998, D. aff. 1998. 382, obs. J. F. ; F. PÉROCHON, op. cit., n° 1196, p. 614.

lorsque la situation du client est irrémédiablement compromise, c'est-à-dire en liquidation judiciaire³⁴².

Néanmoins, nous pensons que cette possibilité de rupture sans préavis est inopérante en l'absence et en cas d'une simple cessation des paiements, c'est-à-dire en sauvegarde et, par principe, en redressement judiciaire. Ceci, dans la mesure où la règle de droit exige que la situation soit irrémédiablement compromise.

Pour atténuer le poids de cette argumentation, de notre point de vue, la disposition issue du Code monétaire et financier peut trouver application pendant la période d'observation, en sauvegarde ou en redressement judiciaire, dans le but d'interrompre les concours bancaires continués, lorsqu'il a été démontré que la situation du débiteur s'est dégradée depuis le jugement d'ouverture et qu'elle s'est par conséquent irrémédiablement compromise³⁴³.

211. Le Code monétaire et financier met également en place un régime exorbitant et favorable applicable aux swaps³⁴⁴. En effet, le créancier contre lequel une procédure collective a été ouverte peut librement résilier les contrats de swap conclus et peut, par la même, compenser les créances et dettes nées à l'occasion de ces contrats³⁴⁵.

En tout état de cause, outre les contrats conclus avec les banques, le caractère *intuitu personae* est également présent dans certains contrats de société.

b-2-2) La continuation des contrats de société

212. La situation de la Société en Nom Collectif (SNC) est régie par l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUDS&GIE). En effet, l'article 291 de L'AUDS&GIE prévoit, en matière de SNC

³⁴² C. mon. fin., art. L313-12 al. 2 : « L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

³⁴³ Com. 1er octobre 1991, D. 1992, somm. 261, obs. F. DERRIDA ; 2 mars 1993, D. 1993, IR 91, RDB 1993. 228, note GAVALDA.

³⁴⁴ Le champ d'application de ce régime d'exception est défini à l'art. L211-36 C. mon. fin., lequel vise les obligations financières résultant d'opérations sur instruments financiers lorsqu'au moins une des parties est un prestataire de services d'investissement. Il est également précisé au II de cet article que les contrats d'échange sont des instruments financiers pour les besoins de la section.

³⁴⁵ J.-F. SÉCHER, *Les contrats de swap à l'épreuve des procédures collectives*, Cah.dr.ent. n° 4, Juillet 2011, dossier 23. La question qui continue à défrayer la chronique concerne la nature *intuitu personae* du Swap : voir pour cela J. D'HOLLANDER, *La qualification juridique des Swaps en droit civil québécois*, R.J.T. n°30, p.69, 1996.

que : « *La société prend (...) fin lorsqu'un jugement de liquidation des biens, de faillite ou des mesures d'incapacité ou d'interdiction d'exercer une activité commerciale sont prononcés à l'égard d'un associé à moins que les statuts de la société ne prévoient la continuation, ou que les autres associés ne le décident à l'unanimité* ».

L'ouverture d'une procédure de liquidation des biens met fin à la SNC. Ce qui est logique dans l'esprit de l'AUPC dans la mesure où le contrat de SNC ou celui de toute société de personnes est un contrat *intuitu personae*. Cependant, la disparition de la SNC par l'effet de la liquidation des biens pose des difficultés pratiques. En effet, comment se déroulera la procédure, sachant que la SNC est dissoute par l'effet de la procédure collective?

Pour répondre à cette question, nous retiendrons deux hypothèses.

En premier lieu, il s'agit de l'hypothèse de l'extension de la procédure collective à l'associé, lorsque celui-ci exerce également les fonctions de dirigeant de l'entreprise³⁴⁶. En effet, l'article 189 de l'AUPC permet d'étendre la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens de la société au dirigeant qui, sans être en cessation des paiements, a « *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ; disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ; poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale* ».

Cette possibilité d'étendre la procédure collective de la SNC à l'associé peut être justifiée par les dispositions de l'article 270 de l'AUDS&GIE qui indiquent que : « *La société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ». Il en découle que la procédure de liquidation des biens pourrait être étendue à l'associé, d'autant plus qu'il n'est pas précisé, comme en droit français, que les créanciers de la société ne peuvent

³⁴⁶ Art. 276 AUDS&GIE: « *Les statuts organisent la gérance de la société. Ils peuvent désigner un ou plusieurs gérants, associés ou non, personnes physiques ou morales, ou en prévoir la désignation dans un acte ultérieur. Si une personne morale est gérante, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent. A défaut d'organisation de la gérance par les statuts, tous les associés sont réputés être gérants* ».

poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire³⁴⁷.

En second lieu, lorsque l'associé de la SNC n'exerce pas les fonctions de dirigeant, un mandataire *ad hoc* pourrait être désigné pour finaliser les opérations de liquidation des biens. Cette deuxième hypothèse répond favorablement aux objectifs de la continuité de la procédure, après dissolution de la SNC par l'effet de la liquidation des biens.

La question devient beaucoup plus complexe en matière de redressement judiciaire où il n'est pas prévu que l'activité de la SNC cesse avec l'ouverture de la procédure. En effet, selon l'AUPC, le redressement judiciaire ne dessaisit pas le débiteur, ce dernier reste à la tête de ses affaires, même s'il y est assisté par le syndic.

213. En matière de Société en Commandite Simple (SCS), l'article 308 de l'AUDS&GIE dépasse la lettre de l'article 107 de l'AUPC étant donné que « *la société continue malgré le décès d'un associé commanditaire. S'il est stipulé que malgré le décès de l'un des associés commandités, la société continue avec ses héritiers, ceux-ci deviennent associés commanditaires lorsqu'ils sont mineurs non émancipés* ». Il en résulte que le contrat de SCS est continué sans aucun obstacle, à l'ouverture d'une procédure collective, car même le décès d'un associé commanditaire ne fait pas obstacle à la continuité de la société.

Dans le même ordre d'idées, en droit français, aux termes de l'article 1860 du Code civil, le redressement judiciaire de l'associé d'une société civile entraîne le remboursement de ses droits sociaux et la perte de sa qualité d'associé. En ce sens, le contrat de société liant un associé mis en procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L621-28 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005³⁴⁸. En outre, le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire entraîne automatiquement la dissolution de la société civile³⁴⁹. Il en est de même du jugement qui ordonnerait la cession totale des actifs. Cependant, le redressement judiciaire n'est pas expressément visé et n'entraîne donc pas la dissolution.

214. Par conséquent, le législateur de l'OHADA et la CCJA ont un important travail de précision à faire, quant à la continuation des contrats conclus en considération de la

³⁴⁷ C.com., art L221-1 *in fine*.

³⁴⁸ Com. 10 juillet 2007, D. 2007. AJ 2107, obs. A. LIENHARD.

³⁴⁹ C. civ., art. 1844-7, 7°.

personne du cocontractant en présence d'une procédure collective. Par exemple, le législateur de l'OHADA aurait pu simplement introduire une distinction en matière de continuation des contrats en cours selon que le débiteur est ou non dessaisi.

Toutefois, il n'en demeure pas moins que le rôle de l'organe de la procédure collective a une importance non négligeable dans la naissance des créances postérieures, son intervention étant indispensable à la régularité de ces dernières.

Paragraphe 2 : L'intervention de l'organe de la procédure collective

215. La régularité de la naissance des créances postérieures engendrées par la continuation du contrat en cours est soumise à l'intervention de l'organe de la procédure collective désigné par la législation concernée. Pour cela, l'organe de la procédure doit prendre une décision qui joue un rôle prépondérant dans la détermination de la nature des créances nées de la continuation des contrats en cours³⁵⁰.

216. L'AUPC attribue le pouvoir de la continuation des contrats en cours au syndic³⁵¹. De ce fait, la naissance régulière des créances postérieures issues de la continuation des contrats en cours est sujette à l'intervention exclusive du syndic. Alors, le syndic apparaît comme le représentant de la masse des créanciers.

L'importance donnée au syndic dans le cadre de la continuation des contrats en cours est due à l'effacement total du rôle des créanciers dans la faillite depuis 1935.

Avant 1999 et dans la plupart des Etats actuellement membres de l'OHADA, il existait deux sortes d'organe de la procédure collective avec des rôles distincts : d'une part, le syndic qui intervenait en matière de faillite et d'autre part, le liquidateur qui est compétent en matière de liquidation des biens.

Depuis l'entrée en vigueur de l'AUPC, un organe unique de syndic a été consacré. Ce dernier intervient aussi bien en matière de redressement judiciaire que de liquidation des biens.

³⁵⁰ A. MARTIN-SERF, *Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur*, RJ com., n°sp., novembre 1992, p. 9.

³⁵¹ V. art.108 AUPC.

217. En France, l'article L622-13 alinéa 3 du Code de commerce prévoit que l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur³⁵².

En effet, depuis la loi n°85-99 du 25 janvier 1985, relative aux administrations judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprise, ce n'est plus l'intervention du syndic qui rend régulière la naissance des créances postérieures issues de la continuation des contrats en cours, mais celle de l'administrateur judiciaire ou du liquidateur. De ce fait, les règles de continuation des contrats en cours ne peuvent être invoquées que par le débiteur, l'administrateur ou le liquidateur³⁵³.

218. Dans la mesure où les contrats en cours ne sont pas continués de plein droit, encore faut-il que l'organe de la procédure compétent manifeste sa volonté sur le sort réservé au contrat : c'est l'option (A). L'option produit également des conséquences qu'il est opportun de prendre en considération (B).

A- L'exercice de l'option

219. Le syndic et l'administrateur ou le liquidateur judiciaire ont la faculté de faire naître des créances postérieures nées de la continuation des contrats en cours. Il paraît dès lors important de déterminer le titulaire de l'option de la continuation des contrats en cours (1), avant de s'attarder sur le délai de l'exercice de l'option (2).

1) Le titulaire de l'option de la continuation des contrats en cours

220. La détermination du titulaire de l'option de continuation des contrats en cours répond à un principe qui souffre lui-même de quelques exceptions.

a- Le principe : l'option des organes de la procédure collective désignés

221. Le principe de l'option de l'organe de la procédure collective sur la continuation des contrats en cours permet de déterminer l'organe concerné par l'option et de soulever les questions liées à la différence de l'organe concerné par l'option.

³⁵² En procédure de liquidation judiciaire, c'est le liquidateur qui joue le rôle de l'administrateur judiciaire, à défaut de ce dernier.

³⁵³ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°431-22, p. 634.

a-1) L'organe de la procédure collective concerné par l'option

222. Le syndic doit exercer son option en faveur de la continuation ou de la non-continuation des contrats en cours. De ce fait, le syndic peut, en se fondant sur l'intérêt de l'entreprise et/ou des créanciers, décider de poursuivre ou non l'exécution des contrats en cours.

C'est ainsi qu'en France, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la Cour de cassation a retenu que le cocontractant d'un débiteur déclaré en règlement judiciaire bénéficie d'une créance sur la masse dès lors qu'après avoir relevé que le syndic, conformément à l'article 38 de ladite loi, avait usé de la faculté d'exiger l'exécution du contrat en cours entre les parties de sorte que cette exécution s'était poursuivie après l'ouverture de la procédure collective³⁵⁴.

Il en ressort que la masse, représentée par le syndic et agissant en qualité d'ayant-cause du débiteur, avait elle-même contracté l'obligation de remboursement promise.

223. Conformément à l'article L622-13 du Code de commerce, c'est à l'administrateur judiciaire qu'incombe la faculté d'opter pour la continuation ou non d'un contrat en cours au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire³⁵⁵.

Ainsi, le pouvoir d'option dévolu à l'administrateur judiciaire est d'ordre public³⁵⁶. En cela, la qualité d'exiger la continuation du contrat en cours n'est pas reconnue au commissaire à l'exécution du plan qui intervient après l'arrêt d'un plan³⁵⁷.

En matière de liquidation judiciaire, c'est le liquidateur judiciaire qui exerce l'option, à moins qu'un administrateur ne soit en fonction pour assurer la poursuite de l'activité³⁵⁸. En effet, le tribunal qui ouvre une liquidation judiciaire d'un débiteur ne peut donc pas, dans le jugement d'ouverture, statuer sur le sort du contrat de location-gérance du fonds

³⁵⁴ Com. 6 décembre 1982, n° 80-15863.

³⁵⁵ Com. 19 décembre 1995, D. 1996, IR 35 : le co-assuré d'un débiteur en redressement judiciaire ne peut pas se prévaloir de l'art. 37 de la loi du 25 janvier 1985 ; DARROUSEZ, *La poursuite des contrats en cours, l'option de l'administrateur judiciaire*, RJ com., n° spécial, novembre 1992, p. 20.

³⁵⁶ M.-H. MONSERIE-BON, Rep. Com., D., 2007, p.19.

³⁵⁷ CA Paris, 15e ch. A, 17 novembre 1998, Act. proc. coll. 1999, 3, n°38. Voir aussi l'article L626-25 C.com.

³⁵⁸ C.com., art. L641-10 et L641-11-1.

de commerce et prévoir que le fonds de commerce, et les salariés qui lui sont attachés, seront restitués au bailleur au terme d'une période de maintien de l'activité³⁵⁹.

a-2) La différence des organes de la procédure collective concernés par l'option

224. A propos de l'organe de la procédure collective intervenant pour la continuation des contrats en cours, il convient de souligner la différence des organes intervenants selon la procédure ouverte, puisqu'en sauvegarde et redressement judiciaire, c'est l'administrateur judiciaire qui exerce l'option de continuation ; alors qu'en liquidation judiciaire, cette tâche revient au liquidateur.

L'AUPC ne fait pas de différence quant à l'organe qui intervient selon la procédure ouverte. En effet, le syndic détient le monopole de la continuation des contrats en cours, qu'il s'agisse d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens.

Ainsi, de notre point de vue, la situation semble simple et claire en droit de l'OHADA, puisque l'AUPC supprime toute complexité concernant la détermination de l'interlocuteur en matière de continuation des contrats en cours. Les justiciables sauront, de prime abord, à qui ils doivent s'adresser ; alors qu'en France, un changement dans la personne de l'organe de la procédure s'opère entre l'administrateur en sauvegarde et en redressement judiciaire et le mandataire judiciaire qui devient liquidateur en liquidation judiciaire.

En effet, en cas de conversion de la sauvegarde ou du redressement judiciaire en liquidation judiciaire, c'est le mandataire judiciaire précédemment désigné qui devient liquidateur. Cette différence d'interlocuteur caractérise la sophistication du droit français conduisant à rendre complexe la mise en œuvre des règles du droit des procédures collectives.

b- L'exception : l'intervention des organes non expressément concernés par l'option

225. Les organes de la procédure collective non directement concernés par l'option de la continuation des contrats en cours peuvent y jouer un rôle important. Il s'agit du débiteur et du juge-commissaire.

³⁵⁹ Com. 7 février 2012, n° 10-26.626, n° 179, FS-P+B, M. Scarfogliero c/ Sté JMGC participations et associés : JurisData n° 2012-001822 ; Rejet CA Lyon, 3e ch. civ., sect. A, 14 sept. 2010 ; D. 2012, p. 494.

b-1) Le débiteur

226. Normalement, le débiteur ne peut exercer l'option sur la continuation des contrats en cours. Ainsi, le droit de l'OHADA exclut purement et simplement l'intervention du débiteur dans l'exercice de la faculté de continuer les contrats en cours étant donné que l'article 108 de l'AUPC précise que « *le syndic conserve seul, quelque soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours (...)* »³⁶⁰.

L'intervention du débiteur est catégoriquement exclue, sauf dans certaines circonstances prévues en droit français. A défaut du respect de ces circonstances, le débiteur ferait naître des créances postérieures irrégulières³⁶¹.

En droit français, l'article L627-2 du Code de commerce prévoit les dispositions applicables lorsqu'un administrateur judiciaire n'a pas été désigné. Dans ce cas, après avis conforme du mandataire judiciaire, le débiteur exerce le pouvoir d'opter sur la continuation des contrats en cours.

Il est prévu que le juge-commissaire connaît des éventuels désaccords qui pourraient provenir et ce à la demande de toute personne intéressée.

Cette solution issue de la loi de sauvegarde a rompu avec la situation qui prévalait avant. En effet, avant la loi de sauvegarde et en matière de procédure simplifiée, la faculté d'opter sur la continuation des contrats en cours revenait au débiteur après autorisation du juge-commissaire³⁶². Cependant, les juges ont considéré que l'autorisation du juge-commissaire n'est requise que lorsque le débiteur décide de continuer un contrat en cours et non pas lorsqu'il décide d'opter pour la non continuation, puisque la continuation d'un contrat en cours impose des charges supplémentaires à l'entreprise en difficulté³⁶³.

Néanmoins, il nous semble que les conséquences de la renonciation à la continuation d'un contrat en cours n'avaient pas été mesurées par la jurisprudence étant donné que les liens contractuels de l'entreprise jouent un rôle prépondérant dans la réussite de son redressement.

³⁶⁰ C'est nous qui soulignons.

³⁶¹ E. LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 161.

³⁶² C.com., Ancien art.L621-137 ; Com. 16 juin 2004, Rev. proc. coll. 2005. 128, obs. GORRIAS.

³⁶³ Com. 9 janvier 1996, Bull. civ. IV, no 13, Rev. proc. coll. 1996. 214, obs. J.MESTRE et A. LAUDE.

b-2) Le juge-commissaire

227. Aucune disposition de l'AUPC et du Code de commerce n'impose au juge-commissaire de contrôler l'exercice du pouvoir de l'organe de la procédure collective dans la poursuite des contrats en cours.

Cependant, il est possible d'avoir une lecture large de l'article 39 alinéa 1^{er} de l'AUPC et de l'article L621-9 du Code de commerce prévoyant tous les deux que le juge-commissaire, placé sous l'autorité de la juridiction compétente, veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence. D'ailleurs, la jurisprudence française ajoute que : « *La connaissance de la demande de l'administrateur tendant à obtenir la continuation d'une ouverture de crédit et d'un compte courant en cours au prononcé du jugement relève de la compétence exclusive du juge-commissaire* »³⁶⁴.

Par conséquent, dans le cadre de sa mission de sauvegarde des intérêts en présence, nous pouvons penser que le juge-commissaire peut indirectement contrôler la poursuite des contrats en cours et par ricochet, l'exercice de l'option de l'organe de la procédure collective. En outre, en cas d'exercice ou non de l'option de continuation des contrats en cours, le juge-commissaire peut, parfois, statuer sur la résiliation des contrats en cours³⁶⁵.

2) Le délai de l'option de l'organe de la procédure collective

228. Il est certes important que l'organe compétent clarifie la situation des contrats après le jugement d'ouverture, mais aucun délai n'est prévu pour l'exercice de l'option de continuation ou non du contrat en cours.

Dans ce cas, c'est au cocontractant qui ne veut pas rester longtemps dans l'incertitude de prendre les rênes en mettant en demeure le syndic, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur d'exercer son option ou de fournir la prestation promise dans le délai de

³⁶⁴ Com. 8 décembre 1987, Bull. civ. IV, n° 267; D. 1988. 52, note F. DERRIDA; JCP 1988. II. 20927, note JEANTIN ; 21 décembre 1988, D. 1988. IR 13 ; Versailles, 9 octobre 1992: Rev. proc. coll. 1993. 457, obs. DUREUIL. *Contra* Agen, 2 avril 1987: préc. note 4 et T. com. Antibes, 2 juin 1987: préc. note 4, admettant la compétence du juge des référés.

³⁶⁵ IFPPC, *Manuel théorique et pratique à l'usage des juges-commissaires*, Conseil national des greffiers et des tribunaux de commerce & Caisse des dépôts, p.22.

trente jours ou d'un mois, selon la législation, sous peine de résolution de plein droit du contrat³⁶⁶.

D'ailleurs, la jurisprudence française a eu l'occasion de préciser que la mise en demeure de l'administrateur judiciaire d'avoir à exercer sa faculté de continuation du contrat en cours n'a pas de caractère obligatoire étant donné que c'est au cocontractant qui ne veut pas longtemps rester dans l'indécision de prendre l'initiative³⁶⁷.

Le délai de mise en demeure de trente jours ou d'un mois, selon la législation, est unique et ne peut pas être modifié par la conversion d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens, lorsque le syndic ou l'administrateur judiciaire a été déjà mis en demeure lors du redressement judiciaire.

La même solution est valable, en France, lors de la conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Néanmoins, contrairement au droit de l'OHADA, le droit français permet à l'organe de la procédure collective, de demander avant l'expiration de ce délai, au juge-commissaire de lui impartir un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer³⁶⁸.

229. Dès lors, il est utile de savoir quel est le point de départ du délai de la mise en demeure de trente jours ou un mois dévolu au cocontractant afin d'obtenir une décision de l'organe de la procédure collective sur le sort de son contrat en cours.

a- Le point de départ du délai de mise en demeure

230. De la détermination du point de départ du délai de la mise en demeure découle la recherche de la date de la mise en demeure et la question de la procédure de la mise en demeure.

³⁶⁶ Art. 108 al.3 AUPC: « Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat ». C.com., art L622-13-III : « Le contrat en cours est résilié de plein droit après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ».

³⁶⁷ Com. 2 avril 1996, n°94-14.651, Bull. Civ. IV, n°108 ; Com. 20 juin 2000, n°97-18.204, Bull. Civ. IV, n°130.

³⁶⁸ C.com., art. L622-13.

a-1) La date de la mise en demeure

231. Dans le cadre de la détermination du point de départ de la mise en demeure, faut-il prendre en compte la date de l'envoi de la mise en demeure ou celle de sa réception par le syndic, le débiteur, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur ?

Pour répondre à ce questionnement, il faut se référer au Code français de procédure civile qui prévoit dans son article 668, concernant la notification des actes en la forme ordinaire, que : « *Sous réserve de l'article 647-1, la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre* »³⁶⁹.

Par ailleurs, l'article 669 du même Code ajoute que : « *La date de l'expédition d'une notification faite par la voie postale est celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission. La date de la remise est celle du récépissé ou de l'émargement. La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire* ».

Cependant, la réponse à ce questionnement ne se fait pas de la même manière en droit de l'OHADA, dans la mesure où la question de la procédure civile n'a pas encore été uniformisée. En effet, l'uniformisation des questions de procédure civile n'est pas une chose aisée, eu égard à la multiplicité de solutions nationales. En outre, la CCJA n'a pas non plus pris de décision ou d'avis sur la question de la notification des actes. De ce fait, la réponse doit être recherchée dans les Codes de procédure civile nationaux.

Par exemple, la Loi n° 99-022/AN du 18 mai 1999 portant Code de procédure civile burkinabé prévoit dans son article 72, comme en droit français, que : « *La date de l'expédition d'une notification faite par la voie postale est celle qui figure sur le cachet du bureau d'émission. La date de la remise est celle du récépissé ou de l'émargement. La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire* ».

³⁶⁹ CPC, art. 647-1 : « *La date de notification, y compris lorsqu'elle doit être faite dans un délai déterminé, d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises ainsi qu'à l'étranger est, à l'égard de celui qui y procède, la date d'expédition de l'acte par l'huissier de justice ou le greffe, ou, à défaut, la date de réception par le parquet compétent* ».

a-2) La procédure de la mise en demeure

232. La question de la forme de la mise en demeure n'a pas été prévue par le Code de commerce.

En revanche, l'article 108 *in fine* de l'AUPC prévoit que : « *Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promises (...)* ».

Ainsi, cette disposition du droit de l'OHADA couplée à la pratique du droit français permet de retenir que la mise en demeure est généralement faite par Lettre recommandée avec avis de réception (LRAR) ou tout support laissant une trace écrite, afin d'obtenir une preuve de sa date.

233. En l'absence d'administrateur, le cocontractant doit faire parvenir la mise en demeure par LRAR au débiteur ; et aviser le mandataire judiciaire de sa démarche en lui envoyant une copie de la mise en demeure par LRAR également.

La mise en demeure doit être dénuée de toute équivoque et demander à l'administrateur de préciser ses intentions quant au sort du contrat en cours³⁷⁰. Elle doit par ailleurs contenir les informations nécessaires à l'administrateur pour identifier la procédure dans laquelle le sort du contrat est en suspens³⁷¹.

En droit de l'OHADA, eu égard à la rédaction de l'article 108 de l'AUPC, c'est le syndic qui sera exclusivement le bénéficiaire de la mise en demeure.

234. Le moment de la mise en demeure n'a pas été déterminé par la loi aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA.

Ce moment semble être un court délai à partir du jugement d'ouverture de la procédure collective ou plutôt à partir de l'information du cocontractant du jugement d'ouverture, c'est-à-dire dès son insertion au BODACC (en France) ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente (en droit de l'OHADA).

³⁷⁰ CA Paris, 9 novembre 1994, D. 1995, IR 18 : « *ne constitue pas une mise en demeure la déclaration unilatérale du cocontractant dans laquelle il manifeste sa volonté de ne pas poursuivre les relations contractuelles* ».

³⁷¹ Com. 2 février 1993, Bull. civ. IV, n°35.

De toute façon, il paraît évident que ce délai doit être raisonnable car, en France, dans un délai de quinze jours après la réception de la mise en demeure par le débiteur et sans avis du mandataire judiciaire sur le sort du contrat en cours, le débiteur peut saisir le juge-commissaire. Cette saisine a un effet suspensif sur le délai initial³⁷².

b- La décision de l'organe de la procédure collective

235. Les situations en cause seront recherchées avant de se pencher sur la manifestation de la volonté de l'organe de la procédure collective.

b-1) Les situations en cause

236. Le syndic, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur peut ne pas attendre la mise en demeure du cocontractant d'avoir à opter sur la continuation du contrat en cours³⁷³.

Dans ce cas, il décide de manière spontanée, soit de prévenir le cocontractant de la continuation du contrat, soit d'exécuter le contrat par la production de la prestation promise³⁷⁴.

La possibilité de choix attribuée à l'organe de la procédure collective donne une dimension pratique à la continuation des contrats en cours et à la poursuite de l'activité du débiteur.

b-2) La manifestation de la volonté de l'organe de la procédure collective

237. Deux formes d'expression de la volonté de l'organe de la procédure collective peuvent être utilisées, à savoir une expression sans aucune ambiguïté ou une expression tacite de la volonté.

b-2-1) L'expression formelle de la volonté

238. Le syndic, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur peut exercer sa volonté expresse de continuation du contrat en cours. Cette expression de volonté doit se

³⁷² Ph. ROUSSEL-GALLE obs. Rev. proc. coll. 2006. 265 ; Com. 4 février 1992, D. 1993, somm. 2, obs. F. DERRIDA ; 3 mars 1992, D. 1992, somm. 260, obs. F. DERRIDA.

³⁷³ Com. 20 juin 2000, D. 2000, AJ 343, obs. P. PISONI, Dr. et patr. janvier 2001, 97, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

³⁷⁴ Com. 6 décembre 1994, JCP éd. E 1995. I. 457, n° 15, obs. P. PÉTEL ; 4 mars 1998, RJDA 6/1998, n°759 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 559 ; E. LE CORRE-BROLY, op. cit., n° 162.

manifeste conformément au respect d'une forme et d'un délai légaux ci-dessus indiqués.

Ainsi, le syndic doit exprimer clairement son intention de continuer le contrat en cours. Cependant, l'AUPC ne contient aucune disposition qui fait état de la nature de l'acte objet de la manifestation de la volonté du syndic. Nous procéderons alors à un raisonnement par analogie en prenant en compte l'article 97 de l'AUPC en matière de bail prévoyant que : « (...) *Si le syndic, en cas de liquidation des biens ou le débiteur, assisté du syndic en cas de redressement judiciaire, décide de ne pas poursuivre le bail, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire (...)* » ; et y conclure que la forme écrite de l'acte de manifestation de la volonté du syndic est de rigueur.

Les juges français ont par ailleurs retenu que : « *En réglant postérieurement au jugement d'ouverture une partie des échéances échues après cette date afin de pouvoir utiliser le matériel donné en location, l'administrateur exprime de façon non équivoque sa volonté de continuer le contrat* »³⁷⁵.

b-2-2) L'expression tacite de la volonté

239. La détermination de l'expression tacite de la volonté du syndic, de l'administrateur judiciaire ou du liquidateur judiciaire propose d'être plus difficile que la manifestation expresse de sa volonté. En effet, la volonté de l'organe de la procédure collective doit être exprimée de manière tacite par des attitudes non équivoques.

240. Faut-il encore savoir ce qui est ici considéré comme « *attitudes non équivoques* ».

L'adage « *qui ne dit mot consent* » n'est pas applicable en droit, dans la mesure où le silence, par principe, ne vaut pas acceptation. Du moins c'est ce que rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2009 concernant l'application de l'adage en matière de prix et les juges ont décidé que : « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en*

³⁷⁵ Caen, 11 mars 1993, JCP 1993. IV. 1127. V. également, Com. 3 décembre 1996, Bull. civ. IV, n° 302; RJDA 1997, n° 411.

est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation »³⁷⁶.

Ce qui nous permet de conclure que les attitudes non équivoques peuvent être un silence comportant la signification d'une acception.

241. En tout état de cause, l'absence de manifestation du syndic, de l'administrateur judiciaire ou du liquidateur judiciaire après une mise en demeure du cocontractant permet à ce dernier d'obtenir la résiliation de plein droit du contrat en cours. Dans ce cas l'administrateur ne peut plus se prévaloir de la continuation tacite du contrat en cours par l'exécution des prestations contractuelles à sa charge³⁷⁷.

Cependant, la mise en demeure du cocontractant ne peut pas être assimilée selon un auteur à une offre contractuelle du moment où elle concerne l'exercice par l'organe de la procédure collective d'une prérogative légale et non pas la création d'un lien de droit³⁷⁸.

En tout état de cause lorsque le syndic ou l'administrateur judiciaire ne réagit pas dans le délai de mise en demeure destiné au cocontractant, il y a place, outre la résolution, à des dommages et intérêts qui seront produits au passif³⁷⁹.

Il n'y a cependant pas de compensation entre les acomptes des prestations non encore fournies par la cocontractant et les dommages et intérêts dus au titre de la résolution. En outre, la juridiction saisie de l'action en résolution peut prononcer la compensation ou autoriser le cocontractant à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts³⁸⁰.

En tout état de cause, l'option de l'organe de la procédure collective a pour conséquence d'agir sur le maintien ou non du contrat en cours.

³⁷⁶ C. cass., civile 1, 4 juin 2009, 08-14.481, Publié au bulletin

³⁷⁷ Com. 20 février 1996, Bull. civ. IV, n° 57.

³⁷⁸ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ, 02 juillet 1998, n°125.

³⁷⁹ Art.109 al.1^{er} AUPC: « Faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie ».

³⁸⁰ Art.109 al. 2 AUPC : « Le cocontractant ne peut compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution. Toutefois, la juridiction compétente saisie de son action en résolution contre le syndic, peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts ».

B- Les conséquences de l'option de l'organe de la procédure collective

242. La mise en œuvre de l'option par l'organe de la procédure collective permet soit de continuer le contrat en cours (1), soit de le rompre (2).

1) La continuation du contrat en cours

243. La continuation du contrat en cours est sujette au respect des stipulations initiales et à l'élaboration d'une prévision budgétaire.

a- L'exigence d'une prévision budgétaire

244. L'organe de la procédure collective doit prendre toutes les mesures nécessaires à permettre le paiement des échéances contractuelles³⁸¹.

De ce fait, dans le cadre des contrats à exécution instantanée en cours au jour du jugement d'ouverture, l'organe de la procédure collective doit, en s'appuyant sur les documents prévisionnels préalablement à la continuation du contrat, s'assurer qu'il disposera des fonds nécessaires à l'exécution du contrat.

En ce qui concerne les contrats à exécution ou paiement échelonné en cours au jour du jugement d'ouverture, l'administrateur judiciaire devra mettre fin au contrat s'il apparaît, à la consultation des documents prévisionnels, qu'il n'aura pas les fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant³⁸².

La même obligation de vigilance budgétaire peut être indirectement assigné au syndic du droit de l'OHADA étant donné que l'article 46 de l'AUPC prévoit que : « *Le syndic est responsable des livres, papiers et effets remis par le débiteur ou appartenant à celui-ci ainsi que par les créanciers ou par tout apporteur pendant cinq ans à partir du jour de la reddition des comptes* ».

245. L'exigence de prévision budgétaire est annexée à la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'organe de la procédure collective. C'est dans cette optique que les dispositions de l'article L622-13 du Code de commerce alourdissent le rôle de

³⁸¹ Versailles, 18 mars 1999, RJDA 1999, n° 802 : « *Il incombe au mandataire de justice de s'assurer, lorsqu'il décide la poursuite d'un contrat, des possibilités financières immédiates et prévisibles de l'entreprise, pour en garantir l'exécution* ».

³⁸² J.-Ph. HAEHL, op. cit., LPA 8 juillet 1996, nos 34 et s.

l'administrateur judiciaire dans la continuation des contrats en cours en y enjoignant une responsabilité civile professionnelle³⁸³.

Ainsi, l'administrateur judiciaire qui ne s'assure pas que l'entreprise a les moyens nécessaires pour exécuter les obligations issues de la continuation du contrat peut facilement engager sa responsabilité civile professionnelle³⁸⁴.

Cependant, il faut déterminer si la responsabilité de l'administrateur est une responsabilité de plein droit ou non, pour cela il faut connaître la nature de l'obligation qui pèse sur l'administrateur judiciaire. En effet, l'administrateur judiciaire est soumis à une obligation de moyen et non de résultat, ce qui implique qu'il revient au cocontractant impayé de prouver la faute de l'administrateur afin d'engager sa responsabilité³⁸⁵. La faute dans ce cas d'espèce n'est jamais présumée, mais prouvée.

Ce raisonnement paraît également applicable au syndic dans la mesure où il détient, par sa qualité, la possibilité de sortir l'entreprise de l'impasse. De ce fait, la Cour d'appel de Ouagadougou retient que les syndics sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun de la responsabilité civile s'agissant du non-paiement des créances salariales superprivilégiées³⁸⁶.

b- Le respect des stipulations contractuelles initiales

246. Le contrat en cours sur la continuation duquel le syndic, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur a opté, doit être exécuté dans les conditions en vigueur avant le jugement d'ouverture, sauf exception expresse.

³⁸³ Ibid., n°42 et s. ; M.-H. MONSÉRIÉ, *op. cit.*, n° 120 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions à « haut risque »*, Mélanges A. HONORAT, 2000, Frison-Roche, p. 193.

³⁸⁴ Com. 6 juillet 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 182, Dr. sociétés 2000, n° 11, obs. Y. CHAPUT; H. SLIM, *La responsabilité professionnelle des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2002, p. 4 et s.

³⁸⁵ CA Paris, pôle 5, 9e ch., 10 juin 2010, RG n° 09/11508, SARL Coquelicot c/ Me Philippot ès qual. : JurisData n° 2010-014208 : « *L'obligation générale de diligence de l'administrateur judiciaire (...) est une obligation de moyens* ».

³⁸⁶ CA Ouagadougou, ch. civ. et com., arrêt n°73 du 17 juin 2005, KUELA Nathalie et 03 autres c/ syndic liquidateur du PPPCR.

Ainsi, le contrat continué, par le liquidateur judiciaire, l'administrateur judiciaire ou à défaut le débiteur, doit être exécuté aux conditions stipulées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective³⁸⁷.

En effet, toutes les clauses contractuelles doivent être exécutées dans les conditions stipulées par les parties. C'est le cas des clauses résolutoires qui doivent pleinement jouer en cas d'inexécution postérieure au jugement d'ouverture de la prestation attendue par l'une des parties au contrat. C'est également le cas des clauses pénales dont la jurisprudence a validé l'efficacité, ce qui leur permet de jouer favorablement leur rôle comminatoire, même en présence d'une procédure collective³⁸⁸.

247. En outre, les modalités de règlement initialement prévues dans le contrat ne peuvent pas être modifiées après continuation du contrat en cours sous peine du jeu de l'exception d'inexécution³⁸⁹.

En effet, l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter le contrat dans les conditions stipulées permet au cocontractant de refuser le renouvellement du contrat³⁹⁰. Ainsi, l'article L622-13 alinéa 4 du Code de commerce crée un régime spécifique aux prestations contractuelles qui portent sur le paiement d'une somme d'argent³⁹¹. Cela permet de restreindre les poursuites abusives de contrats en cours par l'administrateur judiciaire ou le débiteur, qui ne serait pas en mesure de respecter les modalités de ses engagements financiers faisant ainsi naître un passif postérieur privilégié qui va à l'encontre du principe prioritaire de redressement de l'entreprise en difficulté³⁹².

Par ailleurs, les prestations issues de la continuation d'un contrat en cours doivent être payées, sauf obtention de délais de paiement. Ces délais doivent être obtenus du cocontractant postérieurement à la continuation du contrat en cours. De ce fait, les délais obtenus antérieurement à l'option de continuation du contrat en cours ne sont plus

³⁸⁷ M.-J. CAMPANA, *Les effets de la poursuite des contrats en cours*, RJ com. 1992. 55.

³⁸⁸ Com. 10 décembre 1991, RJDA 3/1992, no 288 ; 3 mai 1994, RTD civ. 1995. 110, n° 14, obs. J. MESTRE; v. également, C.civ., art. 1152.

³⁸⁹ Com. 17 février 1998, RJDA 1998, n° 758.

³⁹⁰ Com. 30 octobre 2000, RJDA 2001, n° 186.

³⁹¹ C.com., art. L622-13 al.4 et L611-11-1.

³⁹² M.-H. MONSÉRIÉ, *La période d'observation, la continuation des contrats*, 1995, coll. Textes d'actualité commentés, Montchrestien.

valables³⁹³. Cela permet d'éviter que l'entreprise survive artificiellement par le biais, uniquement, de crédits et de découverts bancaires au cours de la période d'observation.

Néanmoins, il est primordial de rappeler que la poursuite de l'activité et son corolaire la poursuite des contrats en cours ne doivent pas faire apparaître un passif postérieur important³⁹⁴.

Cependant, l'organe de la procédure collective peut également décider de ne pas continuer le contrat en cours. Dans ce cas, le contrat est rompu.

2) La rupture du contrat

248. La Cour de cassation affirme que la faculté d'option de l'administrateur judiciaire, pour continuer un contrat en cours, ne permet pas de battre en brèche la possibilité de résilier le contrat pour inexécution d'une obligation de faire³⁹⁵.

Dans ce cas, la règle de la suspension des poursuites individuelles ne sera pas mise en œuvre, car l'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas d'annuler un contrat irrégulièrement formé, ou la résolution ou la résiliation du contrat inexécuté³⁹⁶.

249. La résiliation du contrat sera dès lors de la compétence du juge de droit commun et non pas du juge-commissaire car le différend n'est pas juridiquement influencé par le droit des procédures collectives³⁹⁷.

Un problème apparenté à l'effet « *boule de neige* » pourrait surgir au cas où les cocontractants se trouvent soumis, chacun, à une procédure collective et que les administrateurs judiciaires désignés pour chacune des procédures optent l'un pour la continuation du contrat et l'autre pour la non-continuation³⁹⁸. Face à ce cas d'espèce,

³⁹³ C.com., art. L622-13.

³⁹⁴ V. aussi récemment, Com. 6 juillet 2010, n° 09-66.801 : Gaz. Pal. 15/16 oct. 2010, n° 288 à 289, note Ch. BIDAN : « (L'administrateur judiciaire) doit veiller à ce que la poursuite d'activité ne crée pas un passif d'exploitation ».

³⁹⁵ Com. 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n°149; 26 octobre 1999, D. 1999, AJ 79, Act. proc. coll. 1999. 249, obs. J. VALLANSAN. Voir également en droit de l'OHADA, l'article 109 *in fine* de l'AUPC.

³⁹⁶ Art. 75 al.3 AUPC : « La suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions en nullité et en résolution ».

³⁹⁷ Com. 17 janvier 1995, D. 1995, IR 66. Cf. article 109 de l'AUPC.

³⁹⁸ Y. GUYON, *op. cit.*, n°1206.

relevant pour l'essentiel d'une hypothèse d'école, la compétence pour trancher le litige appartiendra au juge-commissaire et non pas au juge des référés³⁹⁹.

Néanmoins, il appartient au juge des référés de se prononcer sur la validité d'une clause résolutoire⁴⁰⁰.

250. La rupture du contrat peut aussi bien se faire avant qu'après le jugement d'ouverture de la procédure collective.

a- La rupture avant le jugement d'ouverture

251. La résolution acquise avant le jugement d'ouverture sur un autre fondement que le paiement d'une somme d'argent, l'inexécution de ses obligations par le débiteur par exemple, est opposable au débiteur.

Il faut aussi préciser, selon un auteur, que le cocontractant peut valablement se prévaloir de la résolution acquise avant le jugement d'ouverture sur un autre fondement, à savoir l'inexécution de ses obligations par le débiteur⁴⁰¹. Dans ce cas, la règle de la suspension des poursuites individuelles ne joue plus, puisque l'ouverture de la procédure collective ne peut empêcher de soulever les irrégularités de formation ou d'exécution des contrats.

Par ailleurs, il faut remarquer qu'aucune disposition semblable n'a été insérée dans la loi du 13 juillet 1967 qui a pourtant servi de source à l'AUPC. Cependant, de notre point de vue, il serait curieux que ladite législation ait admis la résolution de tous les contrats par l'effet de l'ouverture d'une procédure collective.

b- La rupture du contrat après le jugement d'ouverture

252. Le droit commun de la continuation des contrats en cours met en exergue plusieurs modalités de rupture dudit contrat⁴⁰², dont les conséquences doivent être également déterminées.

³⁹⁹ Com. 1er octobre 1991, JCP éd. E 1991. II. 236, note M. JEANTIN.

⁴⁰⁰ Com. 10 juillet 2001, D. 2001, AJ 2830, obs. A. LIENHARD, JCP éd. E 2002. 175, obs. Ph. PETEL, Procédures 2001, n° 215, obs. LAPORTE.

⁴⁰¹ F. M. SAWADO, op. cit., n°190, p. 181.

⁴⁰² *Entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000*, LPA n°sp. 6 septembre 2000, p. 21 ; A. LAUDE, *La non-continuation des contrats dans les procédures collectives*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, PU Aix-Marseille, p. 110 ; M.-J. CAMPANA, *La résiliation de plein droit des contrats en cours*, LPA 8 juillet 1996, p. 10.

b-1) L'option de non continuation du contrat en cours

253. La rupture du contrat peut être la conséquence de l'exercice de la faculté de continuation du contrat en cours par l'administrateur ou par le débiteur seul sans autorisation du juge-commissaire, ni l'avis du mandataire judiciaire⁴⁰³.

Ainsi, le contrat est résilié de plein droit lorsque l'administrateur judiciaire ou le débiteur a laissé s'écouler le délai d'un mois de la mise en demeure du cocontractant sans réponse⁴⁰⁴.

Avant la loi du 10 juin 1994, la jurisprudence a admis que la non continuation du contrat en cours ouvre droit au cocontractant de demander en justice la résiliation du contrat, c'est le cas de l'option spontanée de non continuation⁴⁰⁵. Cette décision de justice ne pouvait que constater la rupture du contrat dans la mesure où le droit d'option a un caractère discrétionnaire.

La situation retenue par l'AUPC en matière de résolution des contrats en cours est beaucoup plus simple. En effet, l'article 108 *in fine* de l'AUPC prévoit que : « *Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat* ». De ce fait, le contrat non continué, expressément ou après mise en demeure du cocontractant restée sans réponse, est résilié de plein droit.

254. La résiliation prend effet au jour de la réception de la réponse par le cocontractant avant l'expiration du délai d'un mois, lorsque l'administrateur judiciaire, après avoir été mis en demeure, décide d'opter pour la non-continuation du contrat⁴⁰⁶. Il en est de même en droit de l'OHADA.

255. Cependant, la loi ne prévoit pas le sort du contrat, lorsque l'administrateur judiciaire renonce spontanément à la continuation du contrat sans avoir été mis en demeure par le cocontractant. C'est la jurisprudence qui tranche la question en décidant que le cocontractant devra dans ce cas saisir le juge afin de faire prononcer la résiliation

⁴⁰³ Com. 9 janvier 1996, D. 1996, IR 50.

⁴⁰⁴ Com. 11 juillet 2000, Act. proc. coll. 2000, n° 205, note J. VALLANSAN.

⁴⁰⁵ Com. 11 décembre 1990, D. 1991, IR 11 ; 25 janvier 1994, D. 1994, IR 88.

⁴⁰⁶ Loc. cit.

du contrat. Cette action relève de la compétence du juge de droit commun et non du juge-commissaire⁴⁰⁷.

b-2) La rupture du contrat après continuation préalable

256. Le contrat peut être rompu après avoir été préalablement continué. Dans ce cas, l'administrateur judiciaire ayant opté initialement pour la continuation du contrat peut y mettre fin lorsqu'il ne peut plus honorer les engagements à venir.

De toute façon, la résiliation doit dans ce cas intervenir avant l'inexécution conformément aux dispositions de l'article L622-13 du Code de commerce.

Il en est de même en application de l'article 109 de l'AUPC où la résolution est encourue dès lors que le syndic n'est pas en mesure de fournir la prestation promise⁴⁰⁸.

257. La résiliation de plein droit du contrat continué peut intervenir en cas d'inexécution du contrat par l'administrateur judiciaire, donc en cas de non-paiement⁴⁰⁹.

La résolution est également encourue, lorsque le syndic du droit de l'OHADA n'a pas respecté ses engagements.

Pour la Cour de cassation, la rupture ne peut intervenir que si l'administrateur judiciaire avait opté pour la continuation du contrat de manière expresse ou tacite⁴¹⁰.

Toutefois, l'absence de manifestation de volonté de l'administrateur judiciaire sur l'option de la continuation du contrat ne permet pas d'obtenir la résiliation de plein droit du contrat pour non-paiement d'une somme d'argent.

Cependant, la loi n'empêche pas que le cocontractant puisse accepter de poursuivre les relations contractuelles même en présence d'une inexécution postérieure à la continuation du contrat.

Généralement le cocontractant préférera rompre les liens contractuels car l'inexécution post-continuation du contrat est une manifestation de la gravité des difficultés de

⁴⁰⁷ Com. 19 mai 2004, D. 2004, AJ 1668, obs. A. LIENHARD ; *contra* : pour la résiliation de plein droit, Rép. min. n° 8525, JO Sénat Q 27 avril 1995, p. 1009.

⁴⁰⁸ F. M SAWADOGO note sous article 109 de l'AUPC.

⁴⁰⁹ Com. 7 février 2012, n° 11-10.851, n° 150, F-P+B, Sté Speedy France c/ Sté Labarthe Mini et associés : JurisData n° 2012-001717 ; Cass. sans renvoi CA Versailles, 12e ch., 2e sect., 9 décembre 2010 ; Act. proc. coll. 2012-5, comm. 80, obs. L. FIN-LANGER.

⁴¹⁰ Com. 7 novembre 2006 D. 2006. 2846, obs. A. LIENHARD.

l'entreprise. Ainsi, dans une affaire, les juges ont affirmé que : « *Le jugement ordonnant la vente du fonds de commerce, qui n'avait pas eu d'effet translatif de la propriété de ce fonds, ne pouvait pas avoir pour effet de priver les bailleurs de leur droit de poursuivre la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers échus après l'ouverture de la procédure* »⁴¹¹.

Par ailleurs, l'administrateur judiciaire pourra également saisir le juge-commissaire pour demander la résiliation du contrat, si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant⁴¹².

258. Plusieurs dates peuvent être retenues par le juge-commissaire pour constater la date à laquelle la rupture du contrat est intervenue.

Il peut s'agir de la date de l'expiration du délai d'un mois qui suit la mise en demeure ou du délai prorogé par le juge-commissaire, ou encore de la date de réception de la réponse de l'administrateur judiciaire, lorsqu'elle est intervenue dans le délai d'un mois⁴¹³.

Selon l'article 88 alinéa 2 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, devenu l'article R622-13 du Code de commerce : « *Le juge-commissaire constate, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus aux premier et troisième alinéas de l'article L622-13 et à l'article L622-14 du même code, ainsi que la date de cette résiliation* ». Il ressort de la jurisprudence que cette constatation est facultative⁴¹⁴.

b-3) Les conséquences de la rupture du contrat

259. Il est indéniable que la rupture du contrat en cours engendre un préjudice pour le cocontractant. De ce fait, l'article L622-13 du Code de commerce prévoit que : « *Si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV,*

⁴¹¹ Com. 21 février 2012, n° 11-11.512 (n° 217 F-P+B) ; voir également dans un domaine proche : Com. 11 avril 2012, n° 10-20.505 (n° 445 FS-P+B) : Résiliation de plein droit d'un contrat en cours : contrat applicable, D. 2012, p. 607.

⁴¹² C.com., art. L622-13-IV : « *A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ».

⁴¹³ La jurisprudence antérieure à la loi de 1994 retenait la date de la décision qui prononce la rupture (Com. 11 décembre 1990, Bull. civ. IV, n° 319).

⁴¹⁴ Com. 18 mars 2003, op. cit.

l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif ».

Cependant, la créance de dommages et intérêts est considérée comme une créance antérieure à déclarer au passif car la procédure collective n'est pas censée favoriser l'inexécution contractuelle⁴¹⁵. Ainsi, conformément à l'article 1152 du Code civil, le montant de cette créance peut être fixé d'une manière forfaitaire par une clause du contrat résilié ou résolu⁴¹⁶.

En droit de l'OHADA, l'article 109 alinéa 1^{er} de l'AUPC prévoit que : « *Faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie* ». Néanmoins, le cocontractant ne peut pas compenser de plein droit les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies avec les dommages et intérêts dus pour la résolution.

Par ailleurs, la juridiction saisie de l'action en résolution peut prononcer la compensation ou autoriser le contractant à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.

260. Que l'on soit en période d'observation ou en liquidation judiciaire, les créances qui naissent, entre le jour du jugement d'ouverture et le jour de l'option de l'organe de la procédure, sont des créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel⁴¹⁷. C'est une présomption qui couvre ces créances, dans la mesure où le cocontractant est tenu de fournir la prestation promise au débiteur lors de l'attente de l'option de continuation du contrat en cours.

En conséquence, les prestations postérieures au jugement d'ouverture, mais antérieures à l'option du syndic à la suite de la mise en demeure, sont des créances de la masse.

⁴¹⁵ Com. 5 octobre 2010, n° 09-70.249, inédit : « *L'indemnité de rupture abusive d'un contrat non exécuté après le jugement d'ouverture n'est pas une créance utile !* ».

⁴¹⁶ Com. 10 décembre 1991, Bull. civ. IV, no 378 ; 3 mai 1994, RTD civ. 1995. 110, n° 14, obs. J. MESTRE.

⁴¹⁷ Com. 16 octobre 1990, n°89-15.149, RD banc. Et bourse 1991, n°24, p.73, obs. M-J CAMPANA et CALENDINI ; Com. 2 avril 1996, n°94-14.651, Bull. Civ. IV, n°108 ; Com. 27 octobre 1998, n°95-21.286, Bull. Civ. IV, n°263.

La solution est valable même lorsque la non continuation du contrat en cours a été choisie⁴¹⁸ ou lorsque l'administrateur a été autorisé à différer son option⁴¹⁹.

Sachant que la mise en demeure est facultative pour le cocontractant, les dispositions concernant les créances postérieures s'appliqueront aux créances qui naîtront avant la mise en demeure⁴²⁰. Cependant, le non-paiement des créances nées entre le jugement d'ouverture et l'option ne peut fonder la résiliation de plein droit du contrat en cours pour défaut de paiement car cette résiliation suppose que le contrat ait été continué préalablement au défaut de paiement.

261. Quelques précisions sont nécessaires en matière de vente avec réserve de propriété et de bail professionnel.

A l'arrivée à terme ou à la résiliation d'un contrat de vente avec réserve de propriété, et après que le créancier a tout mis en œuvre pour reprendre son bien, l'indemnité d'utilisation du bien peut bénéficier des règles protectrices allouées aux créances postérieures⁴²¹.

Dans le cadre du bail professionnel, l'occupation sans droit ni titre des lieux postérieurement au jugement d'ouverture par le débiteur et ce après résiliation ou arrivée à terme du contrat donnera lieu à une indemnité d'occupation couverte par les règles protectrices des créances postérieures⁴²². Cette solution est valable même contre l'avis de l'organe compétent⁴²³. La même solution a été retenue après résiliation d'un contrat de crédit-bail immobilier⁴²⁴.

Se pose alors la question de la régularité de la naissance des créances postérieures nées de la conclusion de nouveaux contrats.

⁴¹⁸ Com. 15 octobre 1991, n°90-10.904, Bull. Civ. IV, n°292.

⁴¹⁹ Com. 12 juillet 1992, n° 90-10.070, Rev. Proc. Coll. 1995, 299, n°3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁴²⁰ Com. 2 avril 1996, n°94-14.651, Bull. Civ. IV, n°108 ; Com. 20 juin 2000, n°97-18.204, Bull. Civ. IV, n°130.

⁴²¹ CA Dijon, 1^{re} ch., 2^e sect., 26 novembre 1996, SA financière Montrachet c/DIAC, inédit.

⁴²² Com. 25 janvier 1994, n°91-20.603, Bull. Civ. IV, n°33.

⁴²³ CA Caen, 8 octobre 1998, Rev. proc. coll. 1999, 157, n°6, obs. M.-H. MONSERIÉ-BON.

⁴²⁴ CA Poitiers, 1^{er} décembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, 219, n°5, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Section 2 : La régularité des créances nées de la conclusion de nouveaux contrats

262. Au regard des objectifs de la continuation de l'activité du débiteur, il paraît évident que des relations contractuelles se noueront habituellement après le jugement d'ouverture d'une procédure collective étant donné que le maintien de l'activité du débiteur a besoin d'être financé.

263. La détermination de la qualité des créanciers de la masse sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 ne se faisait que conformément à la naissance postérieure, au jugement d'ouverture de la procédure collective, de la créance.

264. Cela a eu pour conséquence de considérer postérieures, toutes les créances nées après le jugement d'ouverture, et de mettre à la charge de l'entreprise, le paiement d'un passif postérieur assez conséquent. C'est pour cette raison qu'à ce critère temporel, l'AUPC ajoute désormais une naissance régulière de ladite créance.

En France et depuis les législations postérieures à la loi du 13 juillet 1967, le critère de la régularité est exigé dans le cadre de la naissance des créances postérieures.

265. Ceci étant, la régularité des créances nées de la conclusion de nouveaux contrats dépend du respect des principes liés au partage des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure collective. En outre, le partage des pouvoirs de gestion se fait différemment selon qu'il s'agit de procédures non liquidatives (Paragraphe 1) ou de procédures liquidatives (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Dans les procédures non liquidatives

266. Les procédures non liquidatives mettent en place une dichotomie entre d'une part, les pouvoirs conservés par le débiteur (A) et d'autre part, les pouvoirs attribués à l'organe de la procédure collective (B).

A- Les pouvoirs conservés par le débiteur

267. Le rôle du débiteur (2) peut provenir de l'absence de la désignation d'un organe de la procédure collective (1).

1) L'absence de désignation d'un organe de la procédure collective

268. La particularité de la procédure de sauvegarde provient du fait qu'elle est ouverte en l'absence de toute cessation des paiements du débiteur. De ce fait, le débiteur en sauvegarde reste à la tête de ses affaires, puisqu'il n'est pas encore en cessation des paiements.

Il en est de même en matière de règlement préventif du droit de l'OHADA où la cessation des paiements du débiteur exclut l'ouverture d'une procédure de règlement préventif⁴²⁵.

269. L'article L621-4 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que : « *Le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires hors taxes sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat* ». Ainsi, la désignation d'un administrateur judiciaire, pour les entreprises n'atteignant pas les seuils fixés par décret, n'est pas obligatoire⁴²⁶.

L'AUPC ne prévoit pas l'absence de désignation d'un syndic, puisque la formulation de l'article 108 exclut catégoriquement la possibilité de ne pas en désigner.

2) Le rôle du débiteur

270. En droit de l'OHADA, le partage des pouvoirs en matière de gestion directe de l'entreprise en redressement judiciaire nous intéresse plus, puisque la gestion indirecte qui concerne la location-gérance ne donne pas naissance à des créances postérieures et ce conformément à la lettre de l'article 117 AUPC selon lequel « (...) *sauf celles (créances) nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds* ».

Ainsi, dans le cadre de la gestion directe de l'entreprise en redressement judiciaire, les pouvoirs sont exercés selon les actes, par le syndic exclusivement ou par le débiteur assisté du syndic.

⁴²⁵ CA Lomé, arrêt n°066/09, 20 avril 2009, BIA TOGO, Société SICOME SARL, SAS TOGO, Société MIDNIGHT SUN SA, Société BATIMEX TOGO c/ UDECTO, Ohadata J-10-156.

⁴²⁶ C.com., art. R621-11.

En droit français, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne peut plus autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance étant donné que les anciens articles L621-34 et L621-35 du Code de commerce sont abrogés par le nouveau dispositif. Ainsi, la location-gérance ne peut intervenir que dans le cadre d'un plan. De ce fait, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, le représentant des créanciers ne peut agir en responsabilité solidaire envers le loueur.

271. Le débiteur peut, en l'absence de désignation d'un organe de la procédure collective, jouer un rôle dans la conclusion de nouveaux contrats. Ce rôle intervient concernant les actes conservatoires et les actes de gestion courante.

a- Les actes conservatoires

272. L'acte conservatoire a été défini par le dictionnaire du droit de l'OHADA comme étant l'acte qui a pour objet la sauvegarde d'un droit tout en permettant de conserver intact le patrimoine du débiteur⁴²⁷.

Par conséquent, en droit français, c'est le débiteur qui conserve le pouvoir de gestion de l'entreprise en sauvegarde et parallèlement, il conserve la possibilité d'accomplir certains actes d'administration et de disposition utiles à l'activité de l'entreprise⁴²⁸. En redressement judiciaire, le débiteur effectue également seul les actes conservatoires et ceux de nature à préserver les capacités de production de l'entreprise. Il dispose aussi de pouvoirs propres, comme celui d'exercer des voies de recours⁴²⁹, et des droits attachés à sa personne, comme celui de lever une clause d'inaliénabilité⁴³⁰.

En droit de l'OHADA, les actes conservatoires, dans le cadre de la gestion de l'entreprise en difficulté, peuvent être accomplis par le débiteur et sans l'assistance du syndic. Il faut remarquer que l'AUPC rompt avec la situation qui prévalait dans les pays africains francophones et qui, à l'époque, consistait à permettre au syndic uniquement d'accomplir des actes conservatoires⁴³¹.

⁴²⁷ H.-A. BITSAMANA, *Dictionnaire OHADA*, Ohadata D-05-33.

⁴²⁸ C.com., art. L622-1.

⁴²⁹ Com. 20 janv.1998, RJDA 5/98, n°616, p.432.

⁴³⁰ Cass.1ère civ. 29 mai 2001, JCP E, 2001, p.1424.

⁴³¹ Droit de la faillite issue de la loi du 4 mars 1889 applicable antérieurement à l'entrée en vigueur de l'AUPC dans la plupart des Etats africains francophones.

Dorénavant, le débiteur peut également accomplir de tels actes, puisqu'ils n'ont aucune conséquence sur le patrimoine de l'entreprise en difficulté, en d'autres termes, les actes conservatoires n'ont pas pour vocation de soustraire le patrimoine du débiteur au gage général des créanciers en l'appauvrissant.

Cette évolution est expliquée, en droit français, par le fait que l'accomplissement d'actes conservatoires est permis aux personnes incapables alors que le débiteur n'est en aucun cas frappé d'une incapacité de jouissance ou d'exercice⁴³².

Parmi les actes conservatoires que peut exercer le débiteur, on peut citer l'interruption d'une prescription, la pratique d'une saisie-arrêt sur les biens d'un créancier du débiteur⁴³³, l'exercice d'une sommation de payer⁴³⁴, ou encore l'inscription d'une hypothèque.

b- Les actes de gestion courante

273. Concernant les actes de gestion courante, il faut signaler à titre liminaire que la notion d'actes de gestion courante n'a pas été définie par l'AUPC. Elle ne l'était pas non plus par la loi du 4 mars 1889 qui était applicable avant l'entrée en vigueur de l'AUPC. De ce fait, ce sont les juges français qui ont établi les critères d'identification des actes de gestion courante dans le cadre d'une affaire ayant opposé les deux sections de la Cour d'Appel de Paris⁴³⁵. En effet, la Cour de cassation a retenu trois critères qui permettent de qualifier un acte d'acte de gestion courante⁴³⁶.

L'acte doit d'abord correspondre à l'activité ordinaire de l'entreprise, ensuite il doit être de moindre importance et enfin il doit être conforme aux modalités de paiement habituellement pratiquées.

L'exigence du rapport de l'acte accompli avec l'activité ordinaire de l'entreprise permet d'écarter du champ des actes de gestion courante, les opérations totalement étrangères à l'activité de l'entreprise.

⁴³² RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T.2, LGDJ., 12^e éd. 1990, n° 3082, p. 471.

⁴³³ Cass. Civ., 23 Mars 1868, D.1868. 1. 369.

⁴³⁴ Cass. Civ., 29 Mai 1969, Bull., civ., 1969. 3. 429.

⁴³⁵ CA Paris, 06 Juillet 1979, D. 1980, inf., rap., p., 405.

⁴³⁶ Com. 23 juin 1981, D. 1982, inf., Rapp., p. 2, obs. A. HONORAT.

Concernant la prise en compte de l'importance de l'opération réalisée, elle permet de ne pas admettre les actes de trop grande importance pouvant appauvrir le patrimoine du débiteur.

Le dernier critère, quant à lui, exige que l'opération réalisée ne sorte pas du cadre des modalités habituelles de paiement pratiquées dans la branche de profession concernée.

Au regard des critères retenus par la Cour de cassation française, les opérations de vente, d'achat de marchandises ou de conclusion de nouveaux contrats relèveront de la catégorie des actes de gestion courante⁴³⁷.

274. L'article 52 alinéa 2 de l'AUPC permet au débiteur d'accomplir seul les actes de gestion courante⁴³⁸. Cette prescription permet de ne pas requérir l'assistance du syndic dans tout acte de gestion courante, afin de ne pas paralyser la gestion normale de l'entreprise en redressement judiciaire.

Ainsi, l'acte de gestion courante s'apprécie en fonction de la nature de la société débitrice, de l'importance de son effectif salarié, et du prix des marchés en cause. Les actes de gestion courante sont valables à l'égard des tiers de bonne foi⁴³⁹.

En droit français, quel que soit la mission confiée à l'administrateur judiciaire, le débiteur reste compétent pour réaliser les actes de gestion courante. Ainsi, le débiteur peut passer seul les commandes nécessaires au déroulement normal de l'activité de l'entreprise. En revanche, « *La cession d'un fonds de commerce ne constitue pas un acte de gestion courante pouvant être réalisé par le débiteur au cours de la période d'observation* »⁴⁴⁰. Cependant, une obligation de bonne foi est imposée au cocontractant qui ne doit donc pas connaître les restrictions de pouvoirs atteignant le débiteur pour que l'acte soit régulier.

En dehors des actes de gestion courante, les pouvoirs de l'administrateur doivent être respectés pour la régularité de l'acte ; dans ce cas, la bonne foi du cocontractant n'a pas

⁴³⁷ V. entre autres : CA Douai, 3^e ch., 7 février 2013, n°12-05.479, inédit ; CA Poitiers, ch. civ. 2, 18 décembre 2012, n°12-00.694, inédit.

⁴³⁸ V. art. 52 al. 2 AUPC.

⁴³⁹ Com.13 septembre 2011, n° 10-24.126 : JurisData n° 2011-018720 Rev. proc. coll. n° 2, mars 2012, comm. 31, Comm. Ch. LEBEL.

⁴⁴⁰ CA Aix-en-Provence, ch. 8, sect. A, 22 mars 2012, RG n°11/14367, note Ch. LEBEL.

d'emprise sur la régularité des actes passés par le débiteur sans le concours de l'administrateur judiciaire⁴⁴¹.

En tout état de cause, malgré la mission d'assistance de l'administrateur judiciaire, le débiteur conserve le pouvoir d'accomplir seul des actes de gestion et d'administration étrangers à la mission de l'administrateur judiciaire conformément aux dispositions de l'article L622-3 du Code de commerce. Par ailleurs, les actes de gestion courante qu'il aura effectués seul sont opposables au cocontractant de bonne foi⁴⁴².

275. Cependant, le débiteur n'a pas le droit de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, sauf compensation en vertu de l'article L622-7 alinéa 1^{er} du Code de commerce⁴⁴³.

C'est de la même manière, en droit de l'OHADA, que sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente, la décision de règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit, de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci⁴⁴⁴.

276. En toute hypothèse, du fait de la difficulté que rencontre l'entreprise, les actes les plus graves seront soumis à l'autorisation du juge-commissaire⁴⁴⁵. De ce fait,

⁴⁴¹ Com. 29 février 2000, n°97-14.093, inédit, DICT. PERM. DIFFICULTES DES ENTREPRISES, bull. 198, 10 avril 2000, p.6301 (s'agissant de créances issues d'accords passés avec le débiteur sans consultation de l'administrateur judiciaire assistant le débiteur) ; Civ. 1^{re}, 13 novembre 1997, n°95-19.937, inédit, Rev. proc. coll. 1999, 157, n°5, obs. M.-H. MONSERIE-BON (s'agissant de l'avocat choisi par les dirigeants de la société débitrice sans le consentement de l'administrateur judiciaire dont la créance d'honoraires, d'un montant élevé, n'a pas été considérée comme relevant de l'article 40) ; Com. 19 mai 2004, n°01-13.515, Bull. Civ. IV, n°98 (qui concerne la créance d'un avocat dont le mandat avait pris fin à la suite de la dissolution de la société consécutive à la liquidation judiciaire alors que le liquidateur n'avait pas donné mandat d'agir à cet avocat. Sa créance n'a pas été jugée irrégulière).

⁴⁴² C.com., art. L622-3 : « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L622-7 et L622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi* ». Com. 12 janvier 2010, Bull. civ. IV, n° 3 ; D. 2010. Chron. C. cass. 1110, obs. BÉLAVAL ; ibid. AJ 264 ; JCP E 2010. 1296, n° 4, obs. CABRILLAC ; Rev. proc. coll. 2010, n° 54, obs. LEBEL ; Gaz. Pal. 16-17 avril 2010, p. 23, obs. BIDAN ; RJDA 2010, n° 866 ; Dr. et patr. Octobre 2010. 90, obs. SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON ; RJ com. 2010. 298, note SORTAIS.

⁴⁴³ C.com., L622-7 : « *I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L622-17* ».

⁴⁴⁴ Cf. Art. 11 AUPC.

⁴⁴⁵ C.com., art. L622-7.

l'engagement de caution solidaire signé sans autorisation du juge-commissaire ne peut donner naissance à une dette régulière bénéficiant de la priorité de paiement⁴⁴⁶.

C'est de la même manière que le soutien financier accordé à la société débitrice sans autorisation du juge-commissaire ne bénéficie pas du régime des créances postérieures⁴⁴⁷.

En l'absence d'administrateur judiciaire, la qualité d'agir revient au débiteur exclusivement sans avoir recours à l'autorisation du juge-commissaire pour conclure un contrat et faire naître des créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel⁴⁴⁸.

Les contrats conclus en période d'observation peuvent continuer à faire naître régulièrement des créances postérieures, même après le prononcé de la liquidation judiciaire, puisque la liquidation judiciaire ne fait pas obstacle de plein droit à la continuation des contrats⁴⁴⁹. Cette solution ne sera pas toujours valable si la liquidation judiciaire n'est pas suivie d'une poursuite provisoire de l'activité ou à l'expiration de cette dernière.

L'AUPC permet également au syndic d'accomplir seul les actes qui auraient dû être faits par le débiteur, mais que ce dernier a refusé de faire. Donc toute négligence ou tout refus du débiteur de procéder à l'accomplissement des actes indispensables à la sauvegarde du patrimoine, permet au syndic d'intervenir seul après avoir préalablement requis l'autorisation du juge-commissaire.

B- Les pouvoirs attribués à l'organe de la procédure collective

277. L'administrateur judiciaire désigné par le tribunal, avec ou sans proposition du débiteur (1), dispose, d'un ensemble de missions qui lui sont confiées par le tribunal (2).

1) La désignation d'un organe de la procédure collective

278. Le tribunal, dans le jugement d'ouverture de la sauvegarde, peut désigner un administrateur judiciaire conformément à l'alinéa 4 de l'article L621-4 du Code de commerce qui prévoit que : *«Jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut, à la*

⁴⁴⁶ Douai, 15 octobre. 1998, Rev. proc. coll. 1999. 219, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁴⁴⁷ T. com. Paris, 20 mai 1997: Rev. proc. coll. 1999. 219, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁴⁴⁸ Com. 27 mars 2007, n°05-21.007, inédit, n°564 F-D ; CA Paris, 2^e ch. B, 27 février 2003, RG n°2002/12978.

⁴⁴⁹ Com. 27 mars 2007, n°05-21.007, inédit, n°564 F-D.

demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, décider de nommer un administrateur judiciaire ».

En droit de l'OHADA, conformément à l'article 43 de l'AUPC, le ou les syndics sont obligatoirement et d'office désignés dans le jugement d'ouverture de la procédure collective et leur nombre ne doit pas dépasser trois. En effet, le tribunal saisi de l'ouverture d'une procédure collective doit choisir les syndics sur une liste de spécialistes, entre autres, composée d'experts comptables, de gestionnaires ou d'avocats, arrêtée par la Cour d'appel⁴⁵⁰. En pratique, les procédures collectives ouvertes à l'encontre de grandes entreprises requièrent un expert-comptable et un avocat⁴⁵¹. Cela permet une mise en œuvre des compétences tant juridiques que comptables que requiert le déroulement de la procédure collective.

En droit français, la désignation d'un administrateur judiciaire est soumise à des conditions réglementaires étant donné que l'entreprise doit disposer de vingt salariés au moins ou réaliser un chiffre d'affaires hors taxe supérieur ou égal à trois millions (3.000.000) d'Euros⁴⁵². Par ailleurs, contrairement aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, l'alinéa 5 de l'article L621-4 du Code de commerce permet au débiteur en sauvegarde de proposer au tribunal un administrateur judiciaire.

Les considérations liées aux seuils guidant la désignation de l'organe de la procédure collective ne sont pas applicables en droit de l'OHADA. De notre point de vue, l'absence de seuil guidant la désignation d'un syndic est due à l'exclusion des commerçants du secteur informel du bénéfice des dispositions de l'AUPC et surtout à l'assouplissement des conditions de constitution des sociétés commerciales par l'AUDSGIE. Toutefois, il se pourrait que l'introduction des procédures collectives simplifiées par la prochaine réforme de l'AUPC exige une prise en compte des seuils entraînant la désignation ou non d'un syndic, d'autant que la question des honoraires des syndics constituera, selon un auteur, le principal frein à l'introduction effective des procédures collectives simplifiées dans l'AUPC⁴⁵³. De ce fait, nous pensons que le

⁴⁵⁰ M. MENJUCQ, *Le mandataire de justice en Europe. Droit comparé et règlement insolvabilité*, Rev. proc. coll., n°6, Novembre-Décembre, p.93 : En Allemagne, les tribunaux nomment également le syndic sur la base de listes tenues par eux et concernant des avocats ou experts comptables, d'où une forte ressemblance avec le droit de l'OHADA.

⁴⁵¹ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 152, p. 147.

⁴⁵² C.com., art. R621-11.

⁴⁵³ F. M. SAWADOGO, *Les procédures collectives en droit OHADA*, juriscope, 30 janvier 2012.

montant particulièrement élevé des honoraires des syndics permettrait d'écarter la nomination d'un syndic dans le cadre des procédures collectives simplifiées applicables à des débiteurs qui n'attendraient pas certains seuils préalablement fixés.

2) Les missions confiées à l'organe de la procédure collective

279. Les missions confiées à l'organe de la procédure collective dépendent de la procédure collective ouverte et de la législation prise en compte. Ainsi, trois missions peuvent être confiées à l'organe de la procédure collective, à savoir la surveillance, l'assistance ou la représentation du débiteur.

a- La surveillance du débiteur

280. La mission de surveillance de l'administrateur judiciaire réservée à la procédure de sauvegarde, consiste en un simple contrôle *a posteriori* de l'activité du débiteur étant donné que ce dernier conserve le pouvoir d'effectuer des actes de gestion et de disposition, sous réserve de l'autorisation du juge-commissaire.

281. Lorsque l'administrateur judiciaire a été investi d'une simple mission de surveillance, son intervention n'est pas nécessaire à la régularité de la conclusion de nouveaux contrats. En effet, tout se passe comme si le débiteur était *in bonis*. La seule différence concerne le contrôle *a posteriori* de l'activité du débiteur par l'administrateur judiciaire.

En ce sens, la mission de surveillance de l'administrateur judiciaire ressemble fortement à la mission qui est confiée à l'expert commis par le tribunal en règlement préventif du droit de l'OHADA, dans l'article 12 de l'AUPC⁴⁵⁴.

b- L'assistance du débiteur

282. L'assistance du débiteur se fait dans le cadre de la cosignature qui produit également des effets à déterminer.

⁴⁵⁴ Art. 12 de l'AUPC : « 1. L'expert apprécie la situation du débiteur. A cet effet, il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

2. L'expert a la charge de signaler à la juridiction compétente les manquements à l'article 11 ci-dessus.

3. L'expert entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et l'apurement de son passif ».

b-1) La cosignature du débiteur et de l'organe de la procédure collective

283. En droit français, les règles du partage des pouvoirs en sauvegarde sont transposées en redressement judiciaire, puisque le débiteur n'est pas totalement écarté de l'administration de l'entreprise. En effet, la mission d'assistance du débiteur, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, exige que les actes qui entrent dans le cadre de la mission de l'administrateur soient cosignés par le débiteur⁴⁵⁵.

Par conséquent, l'administrateur est tenu de respecter toutes les obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise, étant donné qu'il assiste le débiteur dans la gestion de l'entreprise. En pratique, l'administrateur judiciaire est tenu à une mission d'assistance dès lors que le débiteur se trouve dans l'impossibilité de gérer seul correctement son affaire⁴⁵⁶.

Ainsi, la mission d'assistance de l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire est la même que celle du syndic dans l'AUPC dans la mesure où la mission du syndic se fonde également sur la cosignature des actes entrant dans le cadre de sa mission⁴⁵⁷.

Lorsqu'il s'agit d'une mission d'assistance, l'intervention de l'organe de la procédure est impérative pour la régularité des actes passés par le débiteur⁴⁵⁸.

b-2) Les conséquences de la cosignature

284. Le défaut d'intervention de l'administrateur judiciaire ou du syndic lors de la conclusion de nouveaux contrats par le débiteur ou son intervention exclusive rendrait impossible la naissance régulière d'une créance postérieure.

Ainsi, la régularité de la créance est remise en cause, lorsque le débiteur s'est engagé sans l'assistance de l'administrateur.

⁴⁵⁵ CA Paris, pôle 5, 9e ch., 10 juin 2010, RG n° 09/11508, SARL Coquelicot c/ Me Philippot ès qual. : JurisData n° 2010-014208.

⁴⁵⁶ Com. 18 septembre 2012, n°11-19204, Act. Proc. coll. 2012, 243, note Ch. LEBEL : « L'administrateur, disposant du pouvoir de faire fonctionner le compte bancaire en raison d'une interdiction dont fait l'objet le débiteur, a l'obligation de restituer à la banque les sommes dues au titre d'une ouverture de crédit sous forme de mobilisation de créances ».

⁴⁵⁷ Z. M. DADIÉ-DOBÉ, épse YORO, *La continuation de l'activité de l'entreprise dans les procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire de DEA, université d'Abidjan Cocody.

⁴⁵⁸ Com. 4 février 1992, n°90-15.977, Bull. Civ. IV, n°54 ; D. 1993. Somm. 5, obs. F. DERRIDA ; 31 mars 1998 : Act. proc. coll. 1998, n° 22 ; Rev. proc. coll. 1999. 157, obs. MONSÈRIÉ ; RJ com. 2000. 37, obs. TEILLIAIS 29 février. 2000 : RJDA 2000, n° 556. Com. 19 mai 2004 : Bull. civ. IV, n° 98 ; D. 2004. AJ 2045 ; JCP E 2004, n° 37, p. 1391, obs. PÉTEL ; LPA 12 avril 2005, note ZATTARA.

En outre, le refus du syndic d'assister le débiteur dans l'accomplissement des actes d'administration ou de disposition peut faire l'objet d'un recours devant le juge-commissaire afin de le contraindre à porter son assistance au débiteur.

285. En cas d'intervention exclusive de l'administrateur judiciaire ou du syndic, ce dernier engagerait sa responsabilité professionnelle dès lors que le non-paiement de la créance proviendrait de l'irrégularité de la naissance de la créance tendant au non-bénéfice des dispositions favorables concernant les créances postérieures.

De toute façon, l'organe de la procédure collective est tenu d'une obligation de prudence et de diligence dans le cadre de sa mission d'assistance. Il doit veiller à ce que la poursuite d'activité ne crée pas un passif d'exploitation⁴⁵⁹. En effet, l'obligation générale de diligence de l'administrateur judiciaire, dans le cadre de sa mission d'assistance du débiteur en redressement judiciaire, est une obligation de moyens⁴⁶⁰.

Dans le cadre des actes de gestion courante pouvant être accomplis par le débiteur seul, lorsque le débiteur demande toute une série de prestations à un cabinet d'avocats, les sommes engagées au-delà d'une certaine somme sans l'autorisation de l'administrateur, investi d'une mission d'assistance, ne peuvent bénéficier du privilège des créanciers postérieurs⁴⁶¹.

Dans le même ordre d'idées, l'administrateur qui a été au courant du paiement effectué par le débiteur pour les besoins de la conclusion d'un nouveau contrat et qui ne s'y est pas opposé, est considéré avoir accepté d'exécuter le contrat nouvellement conclu. Ainsi, sa responsabilité pourrait être engagée lorsqu'il refuse par la suite le paiement⁴⁶².

La principale distinction entre le droit de l'OHADA et le droit français concernant la mission d'assistance de l'organe de la procédure collective est que dans l'AUPC et dans

⁴⁵⁹ Com. 6 juillet 2010, n° 09-66.801 : Gaz. Pal. 15/16 oct. 2010, n° 288 à 289, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, comm. 8, Comm. Ph. ROUSSEL-GALLE.

⁴⁶⁰ Paris, pôle 5, 9e ch., 10 juin 2010, RG n° 09/11508, SARL Coquelicot c/ Me Philippot ès qual. : JurisData n° 2010-014208, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, comm. 5, Comm. Ch. LEBEL.

⁴⁶¹ Com. 30 mars 2010, n° 09-10.729, F-P+B: JurisData n° 2010-002934 ; Bull. civ. 2010, IV, n° 66 ; D. 2010, p. 1110, obs. M.-L. BELAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON ; RTD com., 2010, p. 612, obs. A. MARTIN-SERF ; RJDA 10/2010, n° 982 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 156, Ch. LEBEL; Act. proc. coll. 10/2010, 143, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

⁴⁶² Com. 3 octobre 2006, n°03-17.024, inédit, n°1128 F-D, Gaz. Proc. Coll. 2007/1, p.25, note Ch. BIDAN: il s'agit d'un contrat conclu après jugement d'ouverture et portant sur une prestation illicite qui concernait l'identification des créanciers et leur consultation préparatoire à l'adoption d'un plan de continuation par un prestataire de service.

le cadre du redressement judiciaire, c'est le principe de l'assistance obligatoire du débiteur qui gouverne.

En effet, le débiteur est assisté de manière obligatoire par le syndic dans l'accomplissement des actes d'administration et de disposition étant donné que les missions de surveillance et de représentation n'existent pas en droit de l'OHADA⁴⁶³.

Cependant, les juges français ont affirmé que : « *La mission d'assistance du débiteur est de principe pour les procédures de redressement judiciaire* », donc les autres missions de l'administrateur judiciaire sont des exceptions⁴⁶⁴.

c- La représentation du débiteur

286. La mission de représentation est propre au redressement judiciaire tel que régi par le Code de commerce. En effet, conformément à l'article L631-12 du Code de commerce, il peut être attribué à l'administrateur judiciaire une mission de représentation⁴⁶⁵.

La représentation exige que l'administrateur exerce seul les actes qui rentrent dans le cadre de sa mission. En effet, les actes dévolus à l'administrateur judiciaire ne peuvent pas être réalisés par le débiteur, sous peine de tomber dans l'irrégularité et d'être inopposables à la procédure collective.

287. La mission de représentation dévolue à l'administrateur judiciaire exclut l'intervention du débiteur. Ainsi, seul l'administrateur judiciaire administre l'entreprise, aucun pouvoir de décision n'est assigné au débiteur.

Cependant, en l'absence d'administrateur judiciaire, la qualité d'agir revient au débiteur exclusivement sans avoir recours à l'autorisation du juge-commissaire pour conclure un contrat et faire naître des créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Art. 52 al. 1 AUPC: « *La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes* ».

⁴⁶⁴ CA Colmar, ch. civ. 1, sect. A, 29 mai 2012, RG n°12/01622, note Ch. LEBEL.

⁴⁶⁵ C.com., art. L631-12.

⁴⁶⁶ Com. 27 mars 2007, n°05-21.007, inédit, n°564 F-D ; CA Paris, 2^e ch. B, 27 février 2003, RG n°2002/12978.

En tout état de cause, la mission de représentation du débiteur par l'organe de la procédure collective en redressement judiciaire n'existe pas en droit de l'OHADA. D'ailleurs, la mission de représentation de l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire peut être facilement confondue avec la mission du liquidateur en liquidation judiciaire étant donné que la répartition des pouvoirs devient beaucoup plus rigoureuse, lorsque le sort de l'entreprise est irrémédiablement compromis⁴⁶⁷.

Paragraphe 2 : Le partage des pouvoirs en phase liquidative

288. Les contrats conclus en période d'observation peuvent continuer à faire naître régulièrement des créances postérieures, même après le prononcé de la liquidation judiciaire dans la mesure où la liquidation judiciaire ne fait pas obstacle de plein droit à la continuation des contrats⁴⁶⁸.

Cette solution ne sera pas toujours valable si la liquidation judiciaire n'est pas suivie d'une poursuite provisoire de l'activité ou à l'expiration de cette dernière.

Cependant, la régularité de la naissance des créances postérieures en procédure liquidative doit tenir compte des règles du dessaisissement qui frappe le débiteur et le remplace par le liquidateur dans le cadre de l'accomplissement de tous les actes, y compris les actes de gestion courante⁴⁶⁹.

289. En liquidation judiciaire, c'est l'article L641-9 alinéa 1^{er} du Code de commerce qui prévoit le dessaisissement du débiteur en ces termes : *« Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée »*.

En liquidation des biens, c'est l'article 53 de l'AUPC qui s'applique en prévoyant que : *« La décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir »*.

⁴⁶⁷ Com. 25 septembre 2012, n°11/30018, Act. proc. coll. 2012-17, comm. 262, obs. L. FIN-LANGER.

⁴⁶⁸ Com. 27 mars 2007, n°05-21.007, inédit, n°564 F-D.

⁴⁶⁹ Com. 1^{er} février 2000, n°96-19.456, inédit titré, RJDA 2000/5, n°577.

à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires ».

290. En tout état de cause, le dessaisissement interdit au débiteur l'exercice de tout acte d'administration et de disposition sur son patrimoine. Pour cela, il serait primordial d'étudier la nature du dessaisissement (A) avant de s'attarder sur ses limites (B).

A- La nature du dessaisissement

291. La détermination de la nature du dessaisissement implique la qualification juridique de la notion de dessaisissement (1) et de son impact sur le débiteur (2).

1) La tentative de qualification de la notion de dessaisissement

292. La notion de dessaisissement était connue du droit de la faillite classique et appliquée dans les pays actuellement membres de l'OHADA. De ce fait, la détermination de sa catégorie juridique et de ses conséquences sur la personne morale sera nécessaire.

a- La catégorie juridique du dessaisissement

293. Le dessaisissement en tant qu'impossibilité du débiteur d'administrer et de disposer de ses biens n'est pas une incapacité juridique au sens strict, puisque l'objet de la protection ne concerne pas les mêmes personnes⁴⁷⁰.

En effet, l'incapable est protégé contre lui-même, ce qui conduit à l'invalidité des actes juridiques qu'il conclut, alors que le dessaisissement ne protège pas la personne du débiteur, mais son patrimoine dans la mesure où il est institué dans l'intérêt collectif des créanciers.

294. Le dessaisissement n'est pas non plus une expropriation des biens pour l'intérêt privé, puisque les créanciers du débiteur n'acquièrent pas la propriété de son patrimoine. Ces derniers détiennent juste un gage général leur permettant d'être payés ou de vendre les biens du débiteur pour se faire payer sur la somme recueillie.

⁴⁷⁰ Com.14 décembre 2010, n° 10-10.792, F-P+B : JurisData n° 2010-023857 ; Act. proc. coll. 2011, comm. 41, obs. P. CAGNOLI ; D. 2011, p. 69, obs. A. LIENHARD ; LEDEN 2011-2, p. 5, obs. L. CAMENSULI-FEUILLEARD.

295. Par déduction, le dessaisissement s'apparente à une saisie générale qui rend inopposables à la procédure collective tous les actes accomplis par le débiteur sans avoir respecté les règles du droit des procédures collectives.

Comme dans la loi du 4 mars 1889, le dessaisissement dans l'AUPC concerne tout le patrimoine du débiteur au sens des biens présents et à venir⁴⁷¹. Cette disposition assez générale vient compléter les termes de l'ancien article 2092 (devenu l'article 2284) du Code civil selon lequel quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. C'est pour cela qu'un auteur a considéré le dessaisissement comme : « *Une indisponibilité de tout l'actif du débiteur au profit de la masse, indisponibilité qui frappe de plein droit tous les actes accomplis par le débiteur seul, même de bonne foi, et portant directement ou indirectement atteinte au droit de gage des créanciers* »⁴⁷².

L'emprise du dessaisissement est telle qu'en liquidation des biens, les lettres destinées au débiteur seront remises au syndic qui a le droit de les ouvrir, le cas échéant avec l'assistance du débiteur s'il est présent. Seul le courrier personnel sera remis au débiteur⁴⁷³.

Le dessaisissement frappe tous les biens du débiteur, à savoir les biens présents se trouvant dans le patrimoine, les biens à venir recueillis par succession ou donation, les biens propres et communs du débiteur marié sous le régime de la communauté des biens et les biens propres du débiteur en séparation des biens⁴⁷⁴.

Ainsi, au sens de l'article L622-9 du Code de commerce⁴⁷⁵, les émissions de chèques ainsi que les virements effectués à partir d'un compte bancaire personnel ou joint sont inopposables à la procédure collective d'un débiteur, dessaisi du droit de disposer de ses

⁴⁷¹ Art. 53 al. 2 AUPC: « *La décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires* ».

⁴⁷² ARGENSON et TOUJAS, t. 1, op. cit., n°360, p.347.

⁴⁷³ V. art. 56 AUPC.

⁴⁷⁴ Selon une jurisprudence constante de la cour de cassation : « *les créanciers des deux époux qui souhaitaient exercer des poursuites individuelles sur les biens communs à raison de la dette née du chef du conjoint in bonis, devaient déclarer leurs créances à la procédure s'ils voulaient profiter des répartitions* » (voir Com. 11 juin 1995, Bull Civ. IV, n°209, p.196 ; Com.16 novembre 2010, n° 09-68.459, n° 1147, F-P+B, Mme Guettier c/ M. Bizieau : JurisData n° 2010-021369).

⁴⁷⁵ Rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises.

biens en raison de sa mise en liquidation judiciaire⁴⁷⁶. Peu importe la cause du paiement réalisé à l'aide de ces instruments.

296. Les salaires d'un époux marié sous un régime de communauté sont des biens communs frappés par la saisie collective au profit des créanciers de l'époux mis en procédure collective, qui ne peuvent être saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit d'un créancier de l'époux maître de ses droits⁴⁷⁷.

b- Les conséquences du dessaisissement sur la personne morale

297. Conformément à l'article 53 alinéa 1^{er} de l'AUPC, comme la loi antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, « *la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci* ». Bien que l'AUPC n'ait rien prévu, la dissolution de la société objet de la liquidation des biens entraînait la fin des fonctions de dirigeant d'entreprise et un mandataire *ad hoc* était désigné pour le remplacer et assister le liquidateur.

Avec la loi de sauvegarde des entreprises, l'article L641-9 du Code de commerce prévoit que : « *Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public* ».

298. Dans un autre domaine, le débiteur en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens peut-il entreprendre à nouveau, malgré le dessaisissement qui le frappe ?

De toute façon, le débiteur personne physique ne peut plus exercer, au cours de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens, une activité commerciale, artisanale, agricole ou une profession libérale. Cependant, il est d'acception générale que le débiteur dessaisi conserve la capacité d'effectuer des actes de commerce, puisque

⁴⁷⁶ Com. 3 novembre 2010, n° 09-15.546, n° 1081, F-P+B, Sté Soenne c/ Mme Cayzelle : JurisData n° 2010-020173. - Cass. partielle CA Douai, 1^{re} ch., sect. 1, 6 avr. 2009, renvoi CA Douai.

⁴⁷⁷ Com. 16 novembre 2010, n° 09-68459 : M^{me} B. c/ M. B. – F-P+B – Cassation c/ CA Versailles, 30 avril 2009. Pour aller plus loin, v. Décembre, n° 2011-212 QPC, 20 janv. 2012, D. 2012. Actu. 214, et 373, point de vue M. SÉNÉCHAL ; LEGRAND, *L'EIRL : regain d'intérêt après l'abrogation de l'action en réunion à l'actif* ? D. 2012 p. 375.

le débiteur sous procédure collective, avec dessaisissement ou pas, ne perd pas la qualité de commerçant par le seul fait de l'ouverture de la procédure collective.

2) L'impact du dessaisissement : L'éviction du débiteur

299. Le dessaisissement commence à partir du jour du prononcé du jugement déclaratif, puisqu'il est attaché au jugement d'ouverture de la liquidation des biens ou de la liquidation judiciaire. Par ailleurs, il ne cesse qu'en même temps que le jugement cesse de produire ses effets.

300. La liquidation judiciaire et la liquidation des biens, par l'effet du dessaisissement, permettent d'écarter le débiteur de l'exercice de ses droits patrimoniaux.

Les droits patrimoniaux du débiteur sont alors exercés par le liquidateur ou le syndic, qu'il s'agisse d'actes d'administration ou de dispositions, d'actions en justice en demande ou en défense, de voies de recours ou de saisies.

En tout état de cause, le dessaisissement se traduit par une mainmise du droit des procédures collectives sur le patrimoine du débiteur et, de ce fait, engendre un transfert des pouvoirs au liquidateur et au syndic⁴⁷⁸.

En liquidation des biens, le dessaisissement empêche le débiteur d'exercer tout pouvoir. Par conséquent, la régularité de la naissance d'une créance postérieure ne peut provenir que de l'activité du syndic qui a un pouvoir absolu et exclusif.

Cependant, lorsque suite à une requête en injonction de payer présentée par un débiteur en liquidation judiciaire, seul, le liquidateur intervient devant le tribunal saisi de l'opposition, puis interjette appel du jugement statuant sur ce recours, la situation donnant lieu à fin de non-recevoir pour défaut de qualité se trouve régularisée⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ P. CAGNOLI, *Droits propres du débiteur et réalisation d'actif*, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2012, comm. 63.

⁴⁷⁹ Com.14 décembre 2010, n° 10-10.792, n° 1283, F-P+B, Sté Morice et a. c/ Sté Equip'hotel 66 : JurisData n° 2010-023857 ; Act. proc. coll. 2011, comm. 41, obs. P. CAGNOLI.

Le dessaisissement emporte éviction du débiteur de l'administration et la disposition de ses biens. En effet, c'est au syndic que revient la gestion des biens du débiteur⁴⁸⁰.

En tout état de cause, la règle du dessaisissement, qui résulte de l'article L641-9 du Code de commerce, étant édictée dans l'intérêt des créanciers, seul le liquidateur judiciaire peut s'en prévaloir⁴⁸¹. Ainsi, l'administrateur ne peut agir en justice au lieu et place du liquidateur dès lors que le jugement d'ouverture confère à l'administrateur la seule mission de préparer le plan de cession et de passer les actes nécessaires à sa réalisation⁴⁸². En outre, Le commissaire à l'exécution du plan, qui ne représente pas le débiteur soumis à un plan de redressement, ne peut engager que les actions qui lui sont propres dans l'intérêt collectif des créanciers au titre desquelles ne figure pas le droit d'interjeter appel à l'encontre d'une décision statuant sur une demande de résiliation d'un bail commercial concédé au débiteur en vue du recouvrement d'une créance postérieure à son redressement judiciaire⁴⁸³.

De ce fait, tous les actes juridiques, les actions en justice et les faits juridiques seront bloqués par l'effet du dessaisissement du débiteur à l'ouverture d'une liquidation des biens ou d'une liquidation judiciaire. En outre, le syndic est tenu d'accomplir également tous les actes qui permettent la conservation du patrimoine du débiteur conformément à l'article 54 alinéa 1^{er} de l'AUPC⁴⁸⁴.

B- Les limites du dessaisissement

301. Comme dans la plupart des cas, les principes juridiques souffrent souvent d'exceptions, voire de limites. Le principe du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire ne déroge pas à cette remarque. De ce fait, les limites au dessaisissement sont de deux ordres : d'une part, il existe des limites communes aux deux législations étudiées (1) et d'autre part, chaque législation contient des limites qui lui sont spécifiques (2).

⁴⁸⁰ CA de Ouagadougou, ch. Civile et commerciale, arrêt n°52 du 16 avril 2004, SOSACO c/ KABORE Henriette (BTM) & Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC-SARL) & Entreprise DAR ES SALAM.

⁴⁸¹ Com.14 décembre 2010, n° 10-10.792, n° 1283, op.cit.

⁴⁸² Com. 21 septembre 2010, n° 09-16565 : Société Ph. Delaere, ès qual. et M. B., ès qual. c/ Société Saudi Arabian Airlines – FS-D – Cassation pourvoi c/ CA Rennes, 9 juin 2009.

⁴⁸³ Com. 27 mars 2012 n° 10-28.125 (n° 374 FS-P+B), D. 2012 p. 942.

⁴⁸⁴ Art. 54 AUPC : « Dès son entrée en fonction, le syndic est tenu de faire tous actes nécessaires pour la conservation des droits du débiteur contre les débiteurs de celui-ci ».

1) Les limites communes au droit français et au droit de l'OHADA

302. Les limites communes au droit français et au droit de l'OHADA concernent les biens et les actions en justice exclus du dessaisissement du débiteur.

a- Les biens exclus du dessaisissement du débiteur

303. De prime abord, le dessaisissement du débiteur en liquidation des biens et en liquidation judiciaire ne peut pas s'appliquer aux biens indivis dont une partie appartient à une personne non soumise à une procédure collective. Dans ce cas d'espèce, il appartient au liquidateur et au syndic, selon la législation appliquée, de demander le partage des biens afin d'appréhender la fraction appartenant au débiteur.

304. En outre, le dessaisissement n'entraîne pas le transfert de propriété du patrimoine du débiteur au liquidateur car le débiteur peut, entre autres, garder la jouissance de l'appartement qu'il occupe jusqu'à son expulsion⁴⁸⁵.

305. Malgré le dessaisissement dont le débiteur fait l'objet, l'AUPC admet la compensation des créances dans des cas limités⁴⁸⁶.

306. Ne sont pas également concernés par le dessaisissement, les biens insaisissables ou alimentaires. En somme, il s'agit de la fraction insaisissable du salaire, les pensions alimentaires⁴⁸⁷, les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille. L'article 51 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures de Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution (AUPSRVE) renvoie, pour la définition des biens et droits insaisissables, aux lois nationales⁴⁸⁸.

En revanche, l'AUPC, ne fait aucune référence au logement familial du débiteur qui risque alors de se retrouver dans la rue lorsqu'une procédure de liquidation des biens est ouverte en son encontre. Dans ce cas, l'unique parade dont dispose le débiteur afin de

⁴⁸⁵ Com.15 décembre 1996, n°1335 : « le débiteur ne saurait être considéré comme occupant sans droit ni titre, susceptible d'être expulsé. En fait l'expulsion peut être ordonnée avant la vente si le débiteur cherche à nuire à ses créanciers ou à empêcher la vente ».

⁴⁸⁶ V. art. 68, 102 et 109 AUPC.

⁴⁸⁷ Art. 52 AUPSRVE : « Les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent Insaisissables ».

⁴⁸⁸ Art. 51 AUPSRVE : « Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties ».

protéger son logement et ses biens familiaux est de recourir aux options offertes par l'AUDS&GIE afin de limiter sa responsabilité⁴⁸⁹.

b- Les actions en justice exclues du dessaisissement du débiteur

307. Aux termes de l'article 53 AUPC, le principe de dessaisissement connaît une exception s'agissant d'actes conservatoires. Ainsi, peut-être assimilé à des actes conservatoires, le fait pour le débiteur d'interjeter appel d'un jugement défavorable à la masse⁴⁹⁰.

En droit français, les actes conservatoires qui par, principe, permettent le maintien du patrimoine du débiteur en tant que gage général des créanciers, peuvent être exercés par le débiteur en liquidation judiciaire⁴⁹¹. De ce fait, le débiteur peut former un appel-nullité contre la décision qui permet le relevé en forclusion d'un créancier après expiration du délai légal⁴⁹².

308. En tout état de cause, le débiteur dessaisi peut exercer tous les actes extrapatrimoniaux relevant de sa vie privée. Il en est ainsi des actions d'état⁴⁹³; de la constitution de partie civile dans le cadre d'une infraction⁴⁹⁴ et des poursuites pénales peuvent être exercées contre le débiteur⁴⁹⁵.

309. L'alinéa 3 de l'article L641-9 du Code de commerce ajoute que le débiteur peut également accomplir les actes et exercer les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné.

La sanction du dépassement du pouvoir par le débiteur est trouvée dans une inopposabilité à la masse des actes accomplis par lui et ce conformément aux articles 67 et suivants de l'AUPC. Quant au dépassement du pouvoir du syndic, il peut engager sa responsabilité civile conformément à l'article 1382 du Code civil, cependant une faute doit pouvoir être imputée au syndic et un préjudice devra être prouvé par la masse des créanciers qui, nous l'avons vu, détient la personnalité juridique.

⁴⁸⁹ Art. 309 et 385 AUDS&GIE concernant les sociétés permettant de limiter le risque d'entreprise aux apports faits par les associés.

⁴⁹⁰ CA de Ouagadougou, ch. Civ. Et Com., arrêt n°97 du 07 décembre 2001, Tagui c/ OUEDRAGO Salif Déré.

⁴⁹¹ Effectuer une saisie, interrompre une prescription ou réaliser un acte de conservation du bien.

⁴⁹² Com. 26 oct.1999, RJDA 1/00,n°68.

⁴⁹³ Action en recherche de paternité, action en divorce ou reconnaissance d'un enfant naturel.

⁴⁹⁴ C.com., art. L641-9 al.2..

⁴⁹⁵ Com. 22 mars 2000, APC juin 2000, n°138, RTD Com 2000, p.728.

Il résulte des articles L622-9 et L623-4, 2° du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et des principes régissant l'excès de pouvoir qu'est susceptible d'appel-nullité, le fait pour les premiers juges d'avoir déclaré irrecevable le recours formé par un débiteur en liquidation judiciaire, qui exerce son droit propre, contre la décision d'autorisation de vente prise par le juge-commissaire, dont il prétend qu'elle a violé la nature ou la portée des règles relatives à son dessaisissement⁴⁹⁶.

310. Les droits patrimoniaux à caractère personnel ne sont pas non plus appréhendés par le dessaisissement. C'est dans ce cadre que le débiteur agit seul en matière d'actes intéressant sa personne et ayant des conséquences pécuniaires, comme la demande d'une pension alimentaire ou la défense en matière d'expulsion d'un logement⁴⁹⁷.

Ce caractère personnel se dessine également dans le recours du salarié contre son employeur et dans le droit du preneur d'un bail rural dans la mise à disposition à une société agricole de tout ou partie des biens loués. Cependant, les juges ont admis que l'action, exercée contre un franchiseur, tendant à faire reconnaître l'application des dispositions de l'article L7321-2 du Code du travail, dans le but de permettre à un franchisé de bénéficier des dispositions du Code du travail sans avoir à établir un lien de subordination, n'est pas une action exclusivement attachée à la personne du franchisé placé en liquidation judiciaire⁴⁹⁸. Par conséquent, cette action peut être exercée par le liquidateur.

D'ailleurs, l'exercice par le débiteur dessaisi des voies de recours ou de certaines actions en justice a été admis par la jurisprudence française⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Com. 5 octobre 2010, n° 09-16602 : M. B. c/ M^e G.-H., ès qual. et a. – F-P+B – Cassation pourvoi c/ CA Colmar, 30 juin 2009.

⁴⁹⁷ Com. 29 janvier 1980, RTD civ. 1983, 799, note PERROT.

⁴⁹⁸ Soc. 9 mars 2011, n° 09-42.901, n° 621, FS-P+B, Sté Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher c/ Sté Duquesnoy ès qual. : JurisData n° 2011-003083 ; Rejet CA Douai, ch. soc., 29 mai 2009.

⁴⁹⁹ Com. 16 février 2000, RJDA 4/00, n° 451, p. 357 : recevabilité du recours du débiteur contre les décisions du juge-commissaire. Com. 5 mars 2002, RJDA 2003, n° 47, p. 48 : le débiteur « *exerçant un droit qui lui est propre, peut demander lui-même au tribunal la clôture de la liquidation judiciaire* ». Com. 18 septembre 2012, n° 11-17546, Act. proc. coll. 2012-16, comm. 244, obs. J. VALLANSAN : « *Le débiteur dessaisi a le droit propre de contester son passif* ».

2) Les limites spécifiques au droit français et au droit de l'OHADA

311. Ces limites ont la particularité d'être propres à chacune des législations étudiées. De ce fait, il existe des limites propres au droit français et une limite spécifique au droit uniforme issu de l'OHADA.

a- Les limites propres au droit français

312. Face à une liquidation judiciaire, le patrimoine global du débiteur, en tant que gage général des créanciers, est gelé par le dessaisissement. En effet, le dessaisissement touche tout le patrimoine du débiteur en liquidation judiciaire, sans qu'une distinction soit faite entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel, selon le principe de l'unité du patrimoine. Cependant, par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, le législateur, dans un souci de protection du chef d'entreprise, a créé une nouvelle technique d'organisation de l'entreprise⁵⁰⁰.

a-1) L'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée

313. Ainsi, le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) permet au chef d'entreprise de faire échapper son patrimoine personnel aux risques de l'entreprise. De ce fait, l'entrepreneur individuel, quelle que soit la nature de son entreprise, peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

314. L'institution de l'EIRL permet de battre en brèche le principe de l'unité du patrimoine du débiteur. C'est dans ce cadre que l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 a été dédiée à l'insolvabilité de l'EIRL, puisque l'intérêt de l'affectation de patrimoine se révèle en présence de difficultés financières.

En effet, l'importance de l'EIRL provient de l'étanchéité des patrimoines qui peut se décomposer en deux, voire plus depuis 2013⁵⁰¹. De ce fait, en cas de difficultés de l'entreprise, l'emprise des procédures collectives serait limitée au seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté⁵⁰². En effet, le patrimoine non affecté, considéré comme

⁵⁰⁰ D. n° 2010-1709, 29 décembre 2010 : JO 31 Décembre 2010.

⁵⁰¹ L'article 14, II, de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 prévoit qu'à compter du 1er janvier 2013, l'EIRL pourra constituer plusieurs patrimoines affectés.

⁵⁰² B. SAINTOURENS, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée - Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010*, Rev. sociétés 2010, p. 351 et s., spéc. n° 53 ; F. PÉROCHON, *Les patrimoines*

une entité *in bonis*, continuera à fonctionner normalement et conformément au droit commun.

Ce partage de patrimoine de l'entreprise introduit par le statut de l'EIRL écarte l'application du principe sacrosaint selon lequel « *faillite sur faillite ne vaut* », puisque l'ordonnance du 9 décembre 2010 consacre la possibilité de coexistence d'une procédure de surendettement et d'une procédure collective ou encore le cumul de procédures collectives⁵⁰³.

315. Dans la mesure où la procédure collective ouverte à l'égard de l'EIRL doit s'appliquer selon le patrimoine affecté à l'activité déficiente, le dessaisissement du débiteur ne pourra porter que sur l'administration et la disposition de tous les biens du patrimoine en liquidation judiciaire⁵⁰⁴. De ce fait, le débiteur n'est pas dessaisi quant à son ou ses patrimoines hors procédure collective.

Le débiteur EIRL, personne physique, peut exercer une activité, au cours de la liquidation judiciaire. Seulement il faut que cette nouvelle activité engage un autre patrimoine que celui visé par la procédure collective⁵⁰⁵. En d'autres termes et selon LEBEL : « *Le débiteur peut exercer une activité professionnelle indépendante le rendant éligible à une procédure collective, dès lors que celle-ci est exercée dans le cadre soit du patrimoine non affecté, en cas d'EIRL en liquidation judiciaire, ou bien dans le cadre d'une EIRL lorsqu'une autre activité est exercée dans un autre patrimoine (EIRL ou non) soumise à une procédure de liquidation. Ainsi, le périmètre de la liquidation judiciaire est limité au seul patrimoine visé par la procédure collective* ».

Qu'en est-il de la survivance de la déclaration notariée d'insaisissabilité par rapport au statut de l'EIRL⁵⁰⁶ ?

de l'EIRL, Rev. proc. coll. 2011, dossier 13, spéc. n° 6 ; J. VALLANSAN, *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective*, JCP E 2010, 1083, n° 19.

⁵⁰³ C. REGNAUT-MOUTIER, *EIRL : adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut »*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 18 ; F. MACORIG-VENIER, *EIRL : les créanciers de l'EIRL en difficulté*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 20.

⁵⁰⁴ Ch. LEBEL, *EIRL : adaptation des règles gouvernant le déroulement de la procédure*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 19.

⁵⁰⁵ C.com., art. L640-2 ; CA Bourges, ch. civ., 10 mars 2011, Mme Postollec c/ Mme Lecaudey ès qual. : JurisData n° 2011-006948.

⁵⁰⁶ La déclaration notariée d'insaisissabilité a été introduite par la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique, dite loi DUTREIL modifiée par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie et rendue applicable par le Décret n°2004-303 du 26 mars 2004 et codifiée aux articles L526-1 à L526-5 C.com.

a-2) La survivance de la déclaration notariée d'insaisissabilité

316. La déclaration d'insaisissabilité permet à tout entrepreneur individuel de déclarer sa résidence principale, ainsi que tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affectés à son usage professionnel, insaisissables à l'égard de ses créanciers professionnels⁵⁰⁷.

317. Etant donné que l'EIRL est un entrepreneur individuel, il lui est possible de déclarer insaisissable un immeuble qu'il ne veut pas mettre à la disposition du risque entrepreneurial. Ainsi, selon un auteur, la superposition des textes visant l'EIRL et la déclaration d'insaisissabilité soulève des questions concernant leur cumul⁵⁰⁸.

318. En tout état de cause, l'intérêt de la déclaration notariée d'insaisissabilité dépend de la situation qui se présente. Quoiqu'il soit, l'immeuble à déclarer ne doit pas avoir été affecté à l'activité professionnelle de l'EIRL.

En premier lieu, sauf l'existence d'un créancier non professionnel, la déclaration d'insaisissabilité jouera pleinement son rôle à l'égard de l'EIRL qui exploite plusieurs activités avec des patrimoines distincts, à l'ouverture d'une liquidation judiciaire⁵⁰⁹.

En deuxième lieu, lorsque l'entrepreneur exploite une seule activité, la liquidation judiciaire ne peut pas appréhender l'immeuble déclaré insaisissable, puisque la particularité de l'EIRL est d'écarter les biens non affectés à l'activité professionnelle, de l'assiette du patrimoine réalisable⁵¹⁰.

319. En revanche, l'intérêt de la déclaration est plus importante lorsque l'entrepreneur commet dans le cadre de sa gestion, des fautes ayant créé ou aggravé le passif de la procédure, puisque le liquidateur peut, sur le fondement de l'article 651-2 alinéa 2 du Code de commerce tel que créé par l'ordonnance du 9 décembre 2011, engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif. Dans ce cas, la somme mise à la charge de

⁵⁰⁷ C.com., art. L526-1.

⁵⁰⁸ J. VALLANSAN, *EIRL et déclaration d'insaisissabilité : ou « l'entrepreneur barricadé »*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 22.

⁵⁰⁹ CA Orléans, 15 mai 2008 : Act. proc. coll. 2008, comm. 239, obs. P. CAGNOLI ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 62, obs. Ch. LEBEL ; JCP E 2009, 1008, n° 9, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL ; CA Aix-en-Provence, 3 décembre 2009, Act. proc. coll. 2010-11, comm. 164, obs. J. VALLANSAN. ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 140, obs. C. LISANTI ; JCP E 2010, 1315, obs. J.-P. GARÇON.

⁵¹⁰ Com. 28 juin 2011, 10-15.482, n° 687.

l'entrepreneur doit être prélevée sur le patrimoine non affecté, d'où l'importance de la déclaration d'insaisissabilité des immeubles compris dans ce patrimoine.

320. La déclaration d'insaisissabilité retrouve son importance aussi en cas de réunion des patrimoines de l'EIRL pour faute ou pour violation grave des obligations liées à l'affectation des patrimoines.

Dans ce cas, l'article L621-2 alinéa 3 nouveau du Code de commerce permet aux créanciers du patrimoine affecté à l'activité de rentrer en concours avec les créanciers du patrimoine non affecté ou/et affecté à une activité indépendante. Ainsi, la Cour de cassation a admis, pour la première fois, que la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale effectuée par un entrepreneur avant l'ouverture de sa liquidation judiciaire était opposable au liquidateur⁵¹¹.

Par ailleurs, il a été précisé que la déclaration d'insaisissabilité prévue par l'article L526-1 du Code de commerce ne constitue pas une mesure conservatoire au sens de l'article L632-1 du même Code. Ainsi, le liquidateur judiciaire n'est pas fondé à en demander la nullité au titre de la période suspecte⁵¹².

En outre, le liquidateur n'a pas qualité pour agir en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité car il ne peut agir dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers⁵¹³.

b- La limite propre au droit de l'OHADA : la prépondérance du secteur informel

321. Cette limite permet de mettre en exergue d'une part, la notion de secteur informel qu'il n'est pas aisé de comprendre et d'autre part, l'inapplicabilité des règles du dessaisissement au secteur informel.

b-1) L'étendue de la notion de secteur informel

322. La notion de secteur informel n'a pas été clairement définie aussi bien dans la zone de l'OHADA qu'en France. C'est la doctrine qui essaie d'apporter une définition

⁵¹¹ Com. 28 juin 2011, n° 10-15.482, P+B+R+I : JCP E 2011, 1551, note F. PEROCHON ; JCP E 2011, act. 375, Aperçu rapide Ch. LEBEL ; Voir également CA Bourges, ch. civ., 10 mars 2011, Mme Postollec c/ Mme Lecaudey ès qual. : JurisData n° 2011-006948 ; Myriam Roussille, 3 *QUESTIONS Le logement à l'abri de la liquidation judiciaire*, la Sem. jur. Entr. et Aff. n° 27, 7 juillet 2011, act. 356.

⁵¹² CA Nancy, ch. com. 2, 23 mars 2011, RG n° 09/02695 ; Sem. jur. Entre. et Aff. n° 19, 12 Mai 2011, 1368.

⁵¹³ C. LISANTI, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2012, comm. 112.

qui reste peu claire dans la mesure où les auteurs se réfèrent à des critères distincts et variés.

323. Pour Monsieur Joël MONEGER, c'est le caractère officieux et occulte de l'activité entrepreneuriale qui sera retenu pour déterminer le secteur informel⁵¹⁴.

Alors que pour le professeur Djibril ABARCHI, au Niger, par exemple, « *le secteur informel est une réalité encore plus difficile à saisir* »⁵¹⁵.

Monsieur Jean-Marc ELA ajoute, par la suite, que le secteur informel est « *une sorte d'auto-emploi, qui comprend divers groupes d'activité, depuis les métiers du bois et du métal, jusqu'aux réparations mécaniques et électriques, sans oublier les activités de commerce et de transports interurbains* »⁵¹⁶.

Pour Monsieur TINGIRI, toute tentative de définition du secteur informel renvoie : « *A l'idée que le secteur informel recouvre des activités de production, de service, ou de distribution, exercées par des unités de petites tailles, localisées dans les centres urbains et à leur périphérie, gérés de façon empirique, et qui échappent partiellement à la réglementation* »⁵¹⁷.

Par ailleurs, pour Monsieur Hamid ALGABID, le secteur informel est un secteur de nature volatile par excellence puisqu'il relève d'une diversité qui la fait échapper à toute définition juridique, voire économique⁵¹⁸.

Le secteur informel détient une place importante dans la structure économique des pays africains en général et des pays membres de l'OHADA en particulier. En effet, il couvre la majorité du commerce de gros, de détail, de l'import-export et de l'artisanat. Ce qui permet de dire que le secteur informel contribuerait en très grande partie dans les économies africaines étant donné qu'il y devient le premier pourvoyeur d'emplois et qu'il répond le mieux aux besoins des populations locales.

⁵¹⁴ J. MONEGER, *Le droit français relatif à l'activité entrepreneuriale occulte*, intervention au colloque international de Nouakchott du 8-11 décembre 1988 sur les pratiques informelles comparées : Les fondements de la non légalité.

⁵¹⁵ D. ABARCHI, op. cit., p. 92.

⁵¹⁶ J. M. ELA, *La ville en Afrique noire*, éd. Karthala, Paris, p. 159.

⁵¹⁷ K. L. TINGIRI, *Le poids du secteur informel dans l'économie nationale*, in *L'opérateur économique* (mensuel nigérien d'information économique), n°1, juin 1987, p.38.

⁵¹⁸ H. ALGABID, discours d'ouverture de la table ronde sur le secteur informel tenue à Niamey du 14 au 17 juin 1988.

Toutefois, Monsieur BB-LAY précise que l'entreprise informelle n'est pas synonyme de manque d'organisation, puisque la seule référence à la notion d'entreprise dénote le respect d'un certain nombre de règles d'organisation bien que la structure évolue en marge de la fiscalité et du droit étatique⁵¹⁹.

324. Le secteur informel, encore appelé secteur non structuré, ne se détermine pas de la même manière dans la zone de l'OHADA, voire dans la zone franc, qu'en France.

En effet, « *l'informel est un phénomène socio-économique qui manifeste les mutations en cours dans les sociétés en développement* »⁵²⁰. Historiquement et selon Monsieur Philippe BARTHELEMY, la notion de secteur informel a été utilisée pour la première fois par HART lors d'une étude sur le Ghana présentée initialement en 1971 et publiée en 1973⁵²¹. Dans cette étude, le secteur informel a été considéré comme un secteur qui rompt avec l'idéologie dominante du dualisme secteur moderne/secteur traditionnel, en introduisant un nouveau clivage entre le secteur informel en tant qu'extension du secteur traditionnel et un secteur formel plus ou moins analogue au secteur moderne.

En effet, le secteur informel regrouperait l'ensemble des activités effectuées de façon plus ou moins spontanées par une population qui n'est ni occupée à titre principal dans une grande administration, ni recensée en tant que demandeuse d'emploi.

En ce sens, les entreprises du secteur informel sont généralement définies comme des entreprises non officielles, c'est-à-dire des entreprises qui ne sont pas régies par le droit⁵²².

Il faut souligner que le droit de l'OHADA ignore totalement les entreprises informelles alors qu'elles occupent une place importante dans les économies africaines

325. La question du statut des entreprises agricoles africaines encore appelées « *l'agro-business* » se pose. En effet, dans la plupart des pays africains et surtout dans les pays forestiers se développent des entreprises issues des activités liées à l'agriculture et qui se présentent sous la forme d'entreprises ayant d'importantes ressources

⁵¹⁹ BB-LAY, *L'informel et la législation relative aux risques professionnels au Sénégal*, recueil Penant 868, p.376.

⁵²⁰ Idem., p.375.

⁵²¹ P. BARTHELEMY, *Le secteur informel dans les pays en développement*, Revue Région et Développement, n°7-1998.

⁵²² K. MESMIN EULOGIE, *Les techniques de prévention des difficultés des entreprises en droit de l'OHADA*, Thèse Nice, 2011, p.44.

humaines et financières. Cependant, ces structures sont souvent en marge du droit et de la fiscalité des entreprises.

326. Dans un autre ordre d'idées, les concours apportés par les particuliers permettent surtout d'appuyer le secteur informel, puisque la plupart des opérateurs économiques de la zone de l'OHADA ne peuvent accéder au crédit bancaire en raison de l'insuffisance de leur chiffre d'affaires et/ou de l'insuffisance des garanties accordées par eux à la banque⁵²³.

C'est dans ce cadre que certains commerçants préfèrent, volontairement, recourir aux concours financiers de personnes physiques ayant une situation financière beaucoup plus importante, afin de faire face à leurs difficultés de trésorerie⁵²⁴.

Ceci n'enlève en rien les avantages de cette voie de financement dans la mesure où elle n'est pratiquement jamais assortie d'intérêts. En outre, le concours des particuliers est exempt d'échéance et de tout recours contentieux. En effet, le prêteur est souvent « *une sorte de parrain du débiteur ou tantôt simplement un parent ou ami* »⁵²⁵.

Par ailleurs, les entreprises du secteur informel sont aussi financées au moyen de tontines⁵²⁶. En effet, la tontine est un contrat aléatoire correspondant au financement collectif de l'achat d'un actif financier ou d'un bien dont la propriété revient à une partie seulement des souscripteurs⁵²⁷.

Il faut distinguer d'une part, les placements tontiniers et d'autre part, les associations tontinières, qui sont des sortes de sociétés mutuelles ayant cours en Afrique⁵²⁸.

Cependant, l'inconvénient principal vient du fait que l'indétermination de l'échéance est souvent complétée d'une absence de comptabilité, ce qui pose des problèmes d'établissement du résultat de l'affaire en question. En outre, cela fausse l'appréciation de la cessation des paiements et la fixation de sa date.

⁵²³ D. ABARCHI, op. Cit., p.126 ; S. NGOUA BECKUI, *Le risque bancaire et le financement des entreprises en Afrique : Le cas du Gabon*, Thèse Université de Nice 2006, p.161.

⁵²⁴ N. GUY, M. HABOU & D. M. MOUCHE, *Le système traditionnel du crédit dans la région de Maradi : enquête socio-économique du pays haoussa oriental*, CNRS.

⁵²⁵ D. ABARCHI, op. cit., p.127.

⁵²⁶ S. NGOUA BECKUI, op. cit., p. 162 ; K. MESMIN EULOGE, op. cit., p.44.

⁵²⁷ V. l'ouvrage de M. LELART, *La tontine : pratique informelle d'épargne et de crédit dans les pays en voie de développement*, Coll. Science en marche, London Paris : J. Libbey Eurotext cop. 1990.

⁵²⁸ V. l'ouvrage de M. LELART, *Finance informelle et financement du développement*, coll. Universités francophones, Beyrouth : FMA-AUPELF 2000.

En tout état de cause, la nature de la relation entre le débiteur et le prêteur fait que ce dernier continuera le plus souvent à alimenter l'entreprise qui est en réalité en cessation des paiements.

b-2) L'inapplicabilité des règles du dessaisissement au secteur informel

327. Les juges nigériens ont eu l'occasion de se prononcer sur le sort du patrimoine des commerçants du secteur informel face au dessaisissement qu'entraîne l'ouverture d'une procédure de faillite, conformément à la loi du 4 mars 1889. L'application de cette jurisprudence peut être étendue au reste des pays actuellement membres de l'OHADA, puisque leur droit des procédures collectives était régi par la même loi du 4 mars 1889.

D'ailleurs, l'entrée en vigueur de l'AUPC n'a pas réellement changé la situation dès lors que le secteur informel continue à soutenir les économies africaines.

En tout état de cause, les difficultés que ces entreprises rencontrent peuvent provenir d'une part, de la gestion rudimentaire qui leur est appliquée et d'autre part, de l'inapplicabilité des techniques de management⁵²⁹. En effet, les commerçants du secteur informel ne tiennent de comptabilité fidele, souvent par craintes ou par l'ignorance de la gestion entrepreneuriale⁵³⁰.

Par ailleurs, la sous-capitalisation des entreprises informelles engendre des difficultés liées à l'accès au financement.⁵³¹

328. En effet, l'ouverture d'une procédure de faillite n'a pas mis les commerçants concernés dans une situation de dessaisissement, puisqu'ils sont restés hors d'atteinte de l'ensemble des règles interdisant l'exercice d'actes de disposition et d'administration⁵³².

Ainsi, nonobstant la déclaration de faillite, les commerçants du secteur informel peuvent continuer à exploiter pleinement leur commerce ou créer une nouvelle activité en marge de l'activité déficitaire.

⁵²⁹ K. MESMIN EULOGE, op. cit., p.44.

⁵³⁰ Ibid., p.46-47

⁵³¹ K. MESMIN EULOGE, ibid., p.48.

⁵³² TPI Niamey, 24 avril 1986 et TPI de Niamey, 9 juillet 1966.

Il faut d'ailleurs souligner que l'incapacité de poursuite de l'administration et de la gestion de leur patrimoine liée au dessaisissement n'a pas été soulevée devant les juridictions compétentes, que ce soit par voie d'action ou d'exception⁵³³.

329. En tout état de cause, la législation du 4 mars 1889 n'interdisait pas l'ouverture d'un nouveau commerce au débiteur en faillite, puisqu'il peut, même dessaisi, poursuivre l'exploitation d'une nouvelle entreprise. Cependant, le débiteur dessaisi doit pour cela n'employer que les valeurs étrangères à la faillite. Cette affirmation semble n'être que théorique, dans la mesure où l'étendue du dessaisissement ne fait que très rarement échapper certains biens à la faillite. D'ailleurs, le professeur Sawadogo précise qu'« *il paraît illusoire et inutilement coûteux de tenter de soumettre l'ensemble des opérateurs de ce secteur au droit des procédures collectives* »⁵³⁴.

330. L'article 5 de l'AUPC exclut tacitement de son champ d'application, les entreprises informelles considérées comme en marge de la légalité et des modes de gestions normaux d'une entreprise⁵³⁵.

Cependant, il est raisonnable de penser que la frange supérieure des commerçants de ce secteur, au moins si les procédures sont réformées et allégées, pourrait être justiciable. En ce sens, la prochaine réforme de l'AUPC considère l'introduction des procédures collectives simplifiées ouvertes à l'égard d'entreprises ne répondant pas, au départ, aux conditions fixées par l'AUPC⁵³⁶.

L'efficacité de la mise en œuvre des dispositions qui régissent le dessaisissement du débiteur reste soumise à la détermination de l'assiette du patrimoine du débiteur afin de circonscrire les biens sur lesquels le syndic exerce l'étendue de son pouvoir. Cette tâche est rendue difficile par l'absence de tenue d'une comptabilité par les commerçants du secteur informel. Cela rend incertaine la détermination exacte des biens soumis au dessaisissement.

331. Récemment, dans le cadre de la réforme de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général (AUDCG), le législateur de l'OHADA a trouvé une parade à la

⁵³³ D. ABARCHI, op. cit., p.156.

⁵³⁴ F.M. SAWADOGO, *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone*, op. cit. p.201.

⁵³⁵ K. MESMIN EULOGE, op. cit., p.102.

⁵³⁶ F. M. SAWADOGO, op. cit., juriscope, 30 janvier 2012.

situation du secteur informel⁵³⁷. En effet, l'AUDCG, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, introduit dans son livre I un nouveau titre II intitulé le « *statut de l'entrepreneur* ».

L'article 30 de l'AUDCG définit l'entrepreneur comme étant un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole.

Par ailleurs, le statut de l'entrepreneur est conservé lorsque le chiffre d'affaires annuel généré par son activité pendant deux exercices successifs n'excède pas les seuils fixés dans l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises au titre du système minimal de trésorerie⁵³⁸.

Lorsque, durant deux années consécutives, le chiffre d'affaires de l'entrepreneur excède les limites fixées pour ses activités par l'Etat partie sur le territoire duquel il les exerce, il est tenu, dès le premier jour de l'année suivante et avant la fin du premier trimestre de cette année de respecter toutes les charges et obligations applicables à l'entrepreneur individuel. Dès lors, il perd sa qualité d'entrepreneur et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable à l'entrepreneur. Il doit en conséquence se conformer à la réglementation applicable à ses activités.

Par ces nouvelles dispositions, le droit de l'OHADA met en place un statut particulier et propre au professionnel indépendant qui sera soumis à un régime juridique et comptable allégé. Ces dispositions ont été prises pour améliorer la condition des acteurs économiques du secteur informel étant donné que son but est de faire basculer ces acteurs de l'informel vers l'économie formelle, tout en facilitant aux nouveaux entrepreneurs individuels l'accès au crédit bancaire.

Ainsi pour certains praticiens du droit de l'OHADA: « *Il s'agit de la volonté des dirigeants politiques : de moderniser la société, de diversifier l'économie, de développer le secteur privé, de mettre fin à l'insécurité juridique, d'organiser et de structurer l'informel. Le statut d'entrepreneur permettra aux acteurs du secteur informel de sortir de l'opacité et d'évoluer dans un environnement juridiquement et socialement sécurisé,*

⁵³⁷ Cf. JO OHADA, n°23 du 15 février 2011.

⁵³⁸ Ce chiffre d'affaires annuel est en ce qui concerne les commerçants et les artisans, d'une part, celui de leurs activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures et denrées ou de fourniture de logement et, d'autre part, celui de leurs activités de prestations de services, et, en ce qui concerne les agriculteurs, celui de leurs activités de production.

*grâce à des mesures fiscales simples et efficaces. Ce statut pourra également être utilisé par les créateurs d'entreprises qui testeront leur idée de création avant d'adopter une des formes de société du droit OHADA. La migration de l'informel vers le formel doit être progressive, et les pouvoirs publics doivent mettre en place des structures d'accompagnement »*⁵³⁹.

332. Cependant, il faut attendre quelques années d'application pour pouvoir se prononcer sur l'efficacité prouvée de cette innovation du droit de l'OHADA, mais un auteur a récemment démontré ce qu'il appelle la difficulté d'application du « *monstre juridique* », c'est-à-dire du statut de l'entrepreneur⁵⁴⁰.

En effet, l'AUDCG en prévoyant le statut de l'entrepreneur a prévu que l'évolution du chiffre d'affaires de l'entrepreneur le fait sortir de ce statut pour un autre statut, mais ce deuxième statut n'a pas été défini ni précisé par le législateur de l'OHADA⁵⁴¹. Cela contribuerait encore une fois au retour de l'insécurité juridique et judiciaire au sein de la zone de l'OHADA.

Sachant que le statut de l'entrepreneur prône une comptabilité simplifiée en faveur du déplacement des entreprises du secteur informel vers le secteur formel, il faut remarquer que l'Acte Uniforme sur la Comptabilité Générale n'a pas été révisé en conséquence. En ce sens, une déconnection flagrante existe entre le texte et la pratique comptable actuelle.

En tout état de cause, il est primordial qu'un véritable statut juridique soit attribué aux entreprises du secteur informel, dans la mesure où ces entreprises sont les principaux pourvoyeurs d'emplois et de richesses en Afrique. On pourra penser au remplacement de la notion d'actes de commerce contenue actuellement dans l'AUDCG par celle « *d'activités économiques* ». Ce remplacement permettrait au droit de l'OHADA de reconnaître le secteur informel et par ricochet d'étendre les dispositions de l'AUPC aux difficultés des commerçants et entreprises de ce secteur.

⁵³⁹ Interview de D. MPOUKI MOUSSOUKI, greffier au tribunal de commerce de Paris, par C. FEVILIYE :

www.brazzaville-adiac.com; http://www.brazzaville-adiac.com/index.php?action=depeche&dep_id=48315&cat_id=4&oldaction=home®pay_id=0.

⁵⁴⁰ K. EULOGE MESMIN, op. cit., p.206

⁵⁴¹ Loc. cit. V. également, S. KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, Larcier, 432 p.

En outre, la réglementation des Systèmes Financiers Décentralisés (SFD) proposée par la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) apporte un gain de facilité à l'accès des commerçants et entreprises du secteur informel au financement⁵⁴².

Au surplus, l'article 30 de l'AUDCG en permettant à chaque Etat partie de l'OHADA de fixer les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur, notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales, ouvre la possibilité d'améliorer le dispositif initialement prévu. C'est dans ce cadre que la Chambre de Commerce et d'Industrie du Mali (CCIM) a lancé depuis janvier 2012 la carte de l'entrepreneur consistant à faciliter l'adhésion au statut⁵⁴³.

⁵⁴² Cf. C. A. SAGNA, *L'impact des Systèmes Financiers Décentralisés sur l'Economie du Sénégal*, Université Chéikh Anta Diop - Master 1 (Maitrise) 2005 ; E.H. MANSOR DIOP, *L'Encadrement Juridique des Systèmes Financiers Décentralisés dans l'U.E.M.O.A*, Gaston BERGER de Saint- Louis du Sénégal - Maitrise de Droit De L'Entreprise 2008 ; L. LHEURIAU, *Le droit des systèmes financiers décentralisés dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Picardie Jules Verne, 5 juillet 2003.

⁵⁴³ Essor n° 17056 du 02 novembre 2011 : « la carte de l'entrepreneur est une carte à puce donnée aux entrepreneurs individuels au moment de la déclaration de leur activité. Elle contient obligatoirement les informations relatives au statut légal et fiscal du porteur. Elle peut aussi contenir éventuellement des données relatives à son inscription à différents services publics et privés, comme par exemple, un système de protection sociale ou un compte d'épargne. Cette carte est en quelque sorte la carte d'identité juridique et fiscale de l'entreprise ».

CONCLUSION DU TITRE I

333. Les critères classiques de la naissance des créances postérieures sont communs au droit français et au droit de l'OHADA des procédures collectives. La quasi-identité des critères classiques provient de la source commune du droit de la faillite qui était, dans l'actuel espace de l'OHADA, la loi du 4 mars 1889, telle que rendue applicable en outre mer, donc en Afrique Occidentale Française (AOF) et en Afrique Equatoriale Française (AEF), par le colonisateur, c'est-à-dire la République Française. De ce fait, les critères classiques sont au nombre de deux.

334. Le critère chronologique ou temporel concerne le moment de la naissance de la créance postérieure. En effet, la naissance des créances postérieures est régie par le jugement d'ouverture de la procédure collective, jouant un rôle de ligne de démarcation et par la période en découlant, à savoir la poursuite de l'activité du débiteur.

335. Au critère chronologique, le droit français et le droit de l'OHADA ont ajouté le critère organique qui se réfère à la régularité de la naissance de la créance postérieure. La régularité de la naissance de la créance postérieure s'apprécie conformément au respect des règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et l'organe de la procédure collective intervenant en matière de continuation des contrats en cours et lors de la conclusion de nouveaux contrats.

Cependant, à ces critères classiques, le droit français et le droit de l'OHADA des procédures collectives ajoutent chacun de nouveaux critères spécifiques liés à l'utilité de la créance postérieure.

TITRE II : L'ADJONCTION DE CRITERES SPECIFIQUES D'UTILITE DE LA CREANCE POSTERIEURE

336. Les critères classiques de la naissance des créances postérieures, à savoir la naissance postérieure au jugement d'ouverture de la créance et sa naissance régulière, ne suffisent plus désormais pour que la créance bénéficie d'un traitement de faveur.

Cette insuffisance a été soulevée par la doctrine qui a constaté que les critères classiques permettent de regrouper diverses créances sous l'appellation générique de « *créances postérieures* », sans que celles-ci servent vraisemblablement la procédure collective⁵⁴⁴.

Il a également été constaté que cette multitude de créances permet, au détriment du redressement effectif de l'entreprise, la reconstitution d'un passif postérieur important difficile à apurer⁵⁴⁵.

337. Pour répondre à cette objection, le législateur français a ajouté aux critères classiques de la naissance des créances postérieures, de nouveaux critères dits d'utilité de la créance.

Au contraire, le législateur de l'OHADA n'a pas expressément prévu de critères d'utilité au sein des dispositions de l'AUPC se limitant aux deux critères classiques de la naissance des créances postérieures.

338. Littéralement, l'utilité est le caractère de ce qui est utile, c'est-à-dire de ce dont l'usage, l'emploi est ou peut être avantageux, ce qui satisfait un besoin⁵⁴⁶.

Juridiquement, est utile, ce qui présente un intérêt, au moment de son accomplissement ou ce qui se justifie au regard d'une bonne gestion⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2012-2013*, 6^e éd., D., n°453.11, p.857 ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, n°765, p.380.

⁵⁴⁵ Pour plus de détails, v. F. M. SAWADO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002 ; A. SEID ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, thèse de doctorat en Droit privé, université Toulouse I et Yaoundé II, juillet 2009.

⁵⁴⁶ Le nouveau petit Robert de la langue française 2009.

⁵⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, 7^e édition revue et augmentée, PUF.

Rapportée au droit des procédures collectives, l'utilité peut être appréhendée par le fait que la créance apporte une plus-value à la procédure collective parce qu'elle permet la continuité de l'entreprise en vue de son redressement ou de sa reprise *in fine*. En effet, le critère de l'utilité de la créance est important, puisqu'il permet d'établir une certaine sélection parmi les créances postérieures afin de ne conserver que celles qui méritent réellement un traitement préférentiel. Ainsi, un lien étroit entre la naissance de la créance et la procédure en cours ou la poursuite de l'activité professionnelle, pendant la procédure, est exigé.

339. Cette exigence n'est pas futile par rapport à la finalité du régime de faveur étant donné qu'elle permet d'asseoir une pragmatique distinction entre les créances postérieures régulières selon qu'elles ont été ou non utiles à la procédure collective ou à l'entreprise en difficulté. En cela, elles permettent de réduire la quantité et de rehausser la qualité des créances postérieures privilégiées⁵⁴⁸.

340. De ce fait, il serait opportun, après avoir étudié les critères de la finalité de la procédure collective (Chapitre I), de se pencher sur la relative influence de critères de naissance des créances postérieures sur certaines créances (Chapitre II).

⁵⁴⁸ Gaz. Pal. 08 septembre 2005, n° 251, p. 57.

CHAPITRE I : LES CRITERES DE LA FINALITE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

341. Dans l'inconscient collectif, il est courant de penser que les créances, dès lors qu'elles naissent postérieurement au jugement d'ouverture, bénéficient automatiquement du régime de faveur.

Cette acception ne se vérifiait pas déjà sous l'empire de la loi de 25 janvier 1985, étant donné qu'il était prévu que les créances postérieures nées irrégulièrement, après le jugement d'ouverture de la procédure collective, étaient exclues du bénéfice traitement de faveur.

La même idée a été confirmée sous l'empire de la loi de sauvegarde et de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui ont institué une sélection parmi les créances postérieures nées régulièrement, pour aboutir à ce que seulement certaines d'entre elles bénéficient du traitement préférentiel⁵⁴⁹.

En revanche, la sélection parmi les créances postérieures n'a pas été prévue de manière explicite par le droit de l'OHADA. C'est la loi de sauvegarde qui a modifié la définition des créances de la procédure, certes pas au point, comme l'eût pensé un auteur, d'abandonner l'exigence de la postériorité des créances élues⁵⁵⁰.

342. Lorsque la loi s'exprime en termes généraux, il est défendu à l'interprète de distinguer là où la loi ne distingue pas. Cet adage est particulièrement important dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, parce qu'une mauvaise interprétation des textes juridiques aura forcément une incidence grave sur la situation de l'entreprise, voire sur le tissu économique national et par conséquent, cela aggraverait la situation sociale. C'est dans ce sens que les critères de la finalité de la procédure collective comme tous les critères de naissance des créances postérieures doivent être appréhendés au sens strict des règles applicables.

⁵⁴⁹ A. ASTEGIANO-LA RIZZA et alii, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 3^e éd., D. 2010, n°860.40, p.998.

⁵⁵⁰ M. BÉHAR-TOUCHAIS, *La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive*, colloque du 25 mars 2004, LPA 9 novembre 2004, p. 41, n^{os} 14 et s. ; F. PÉROCHON, *Le sort des créanciers antérieurs*, colloque CRAJEFE du 27 mars 2004, LPA 10 juin 2004, p. 17, n^o 20.

343. En effet, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, c'était l'article L621-32 du Code de commerce qui prévoyait les critères d'attribution du traitement préférentiel⁵⁵¹. C'était sur ce fondement que la jurisprudence avait considéré que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture bénéficiaient du traitement préférentiel, par l'effet du jugement d'ouverture, même lorsqu'elles étaient étrangères à l'activité professionnelle du débiteur.

Cette idée a été vivement critiquée par la doctrine et surtout par les praticiens du droit des procédures collectives dans la mesure où elle ne permettait pas à l'entreprise, sous procédure collective, de pouvoir se redresser, donc de prendre à bras le corps les difficultés qu'elle rencontrait. D'ailleurs, la Cour de cassation avait remarqué dans son rapport annuel de 2002 qu'« *il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur* »⁵⁵².

344. Les nombreuses critiques émises à l'égard de la déconnexion de la créance postérieure de l'activité professionnelle du débiteur ont été prises en compte par le législateur français dans l'élaboration de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 qui, dans l'article L622-17 du Code de commerce applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, prévoyait que : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance* »⁵⁵³.

C'est par ces dispositions que la loi de sauvegarde des entreprises a introduit de nouveaux critères téléologiques d'attribution du traitement préférentiel aux créances

⁵⁵¹ C.com., art. L621-32 : « I.- Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie. En cas de cession totale ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L143-10, L143-11, L742-6 et L751-15 du code du travail.

II. - En cas de liquidation judiciaire, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L143-10, L143-11, L742-6 et L751-15 du code du travail, des frais de justice, de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre 5 ».

⁵⁵² Cour de cassation, rapport pour 2002, p. 30.

⁵⁵³ C.com., art. L622-17, la même disposition a été rendue applicable au redressement judiciaire par le renvoi de l'art. L631-14-I. La même disposition a été reprise par l'art. L641-13 applicable en liquidation judiciaire.

postérieures⁵⁵⁴. De ce fait, ne sont plus retenus à titre exclusif, les critères de la chronologie et de la régularité de la naissance des créances.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a, quant à elle, introduit un certain nombre de modifications qui touchent de près le régime des créances postérieures. Ainsi, conformément à l'article 29 de ladite ordonnance, modifiant l'article L622-17 du Code de commerce, ne bénéficient désormais du traitement préférentiel que les « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ».

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, la Cour de cassation a admis qu'il appartient à celui qui se prétend créancier d'une créance postérieure au jugement d'ouverture, et qui en demande le paiement, d'apporter la preuve, en vertu de l'article 1315 du Code civil⁵⁵⁵, de la postériorité de cette créance⁵⁵⁶. Il appartient également au créancier d'apporter la preuve de l'éligibilité de sa créance au traitement préférentiel réservé à certains créanciers postérieurs élus.

Depuis, le 1^{er} janvier 2011, date d'entrée en vigueur de la loi créant le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, seules les créances issues du patrimoine de l'EIRL affecté à son activité professionnelle sont susceptibles d'être payées à l'échéance et à défaut par privilège.

345. Dans le cadre des critères de la finalité de la créance postérieure, une dichotomie est apparue entre les critères des besoins de la procédure collective (Section 1) et les critères de l'activité économique du débiteur (Section 2).

⁵⁵⁴ La téléologie étant l'étude de la finalité, il s'agit ici de l'étude de la finalité de la créance.

⁵⁵⁵ C.civ., art. 1315 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

⁵⁵⁶ Com. 3 février 2009, n°07-11.430, NP, n°103 F-D, Gaz. Proc. Coll. 2009/2, p.23, n°4, note L-C HENRY.

Section 1 : Le critère des besoins de la procédure collective

346. Les articles L622-17-I, L631-14-I et L641-13-I du Code de commerce font tous référence aux créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure en tant que créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel⁵⁵⁷. L'article L622-17-I du Code de commerce vise également les créances nées pour les besoins de la période d'observation. De ce fait, une certaine confusion terminologique a été relevée par la doctrine majoritaire concernant les créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire et les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure⁵⁵⁸. Cela est en effet dû à l'usage commun de la notion de « *besoins* » qui introduit une exigence de lien entre la créance née à l'occasion de la procédure collective et la procédure collective elle-même⁵⁵⁹. Certains auteurs appellent à une précaution dans l'usage des deux notions, puisque le législateur a voulu utiliser deux concepts différents, il n'appartient pas à l'interprète de les assimiler sous le fondement d'une simple ressemblance⁵⁶⁰.

347. Le législateur de l'OHADA ne se réfère pas aux créances nées pour les besoins de la procédure collective. Ce silence provient, de notre point de vue, de l'absence de la prise en compte explicite des critères de la finalité par l'AUPC. A défaut, la notion de créances nées pour les besoins de la procédure collective aurait pu favorablement avoir sa place dans l'AUPC étant donné qu'il existe une famille homogène de besoins nécessaires à la mise en œuvre de toute procédure collective.

348. Il ressort de tout cela que le nouvel élément d'appréciation du droit français permet de déterminer les créances couvertes par le traitement préférentiel en application

⁵⁵⁷ C.com., art. L622-17-I : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance » ; C.com., art. L631-13-I : « Les articles L622-3 à L622-9, à l'exception de l'article L622-6-I, et L622-13 à L622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent » ; C.com., art. L641-13-I : « Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité ».

⁵⁵⁸ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., 2011, n°425 ; A. LIENHARD, *Procédures collectives*, 4^e éd., 2011, n°76.53 ; F. PEROCHON, op. cit., n°770, p. 384 ; Ph. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, 2^e éd., 2007, n°464 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°603 ; L. C. HENRY, *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2008, étude 15, p.20.

⁵⁵⁹ F. PEROCHON, art. précité, p.62, n°28 ; L.C. HENRY, art. précité, p.26, n°21.

⁵⁶⁰ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.21, p.858 ; A. LIENHARD, 4^e éd., op. cit., n°76.53.

du critère des besoins de la procédure collective. En ce sens, une distinction s'impose entre les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective (Paragraphe 1) et les créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite provisoire de l'activité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective

349. L'étude des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective donne lieu, d'une part, à la détermination des créances concernées (A) et d'autre part, à la détermination du périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective (B).

A- Les créances concernées

350. La détermination de la notion de « *besoins du déroulement de la procédure* » a posé beaucoup de problèmes au point où pour certains, elle est totalement inutile⁵⁶¹.

Pour écarter les doutes liés à la compréhension de cette notion, il conviendrait de préciser que la procédure dont il s'agit doit s'entendre de toute période postérieure au jugement d'ouverture et non pas seulement la période d'observation⁵⁶².

Pour faciliter la détermination des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure, un auteur précise que : « *Il paraîtrait assez conforme à l'esprit de la nouvelle loi de se demander, à chaque fois, si les créances sont «utiles», ou non, à la procédure, étant entendu que, pour laisser au privilège sa vertu incitative, il convient de mesurer plutôt l'utilité potentielle du fait générateur que son utilité réelle, regardée a posteriori* »⁵⁶³.

351. De ce fait, un auteur soulève l'existence d'une subtilité terminologique qui consiste à éviter la nuance qui permet de prendre en compte le lien entre la créance et la procédure étant donné l'insuffisance de ce lien. En effet, la loi de sauvegarde précise expressément que la créance doit être née pour les besoins du déroulement de la

⁵⁶¹ F. GRÉAU, *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 12 juin 2008, p. 4, n° 16

⁵⁶² M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, D. 2006, n° 766 et 767.

⁵⁶³ Ph. PÉTEL, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005, n° 42, p. 1730 ; *contra* : M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op. cit.*, n° 765.

procédure et non pas simplement pour les besoins de cette dernière⁵⁶⁴. Il serait dès lors important de déterminer le périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective.

B- Le périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective

352. Le périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective a été déterminé par la loi de sauvegarde des entreprises (1) et concerne en pratique les émoluments des professionnels qui ont pris part au déroulement de la procédure (2).

1) L'apport de la loi de sauvegarde des entreprises

353. Sous l'empire de la loi de sauvegarde, les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure naissent en sauvegarde, en redressement et en liquidation judiciaires. En outre, il faut remarquer que le périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure n'a pas été modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

D'ailleurs concernant cette catégorie de créances postérieures, un auteur a précisé que : *« (la difficulté) est de déterminer (...) l'intensité du lien d'utilité qui doit exister entre la créance et la procédure. Retenir un lien absolu est sans doute excessif, mais retenir un lien trop lâche risque de réduire à néant la modification du texte »*⁵⁶⁵.

En effet, la catégorie des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure est constituée de toutes les créances nécessaires au bon fonctionnement de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. Elles peuvent naître indifféremment pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, après l'arrêté d'un plan de cession ou en liquidation judiciaire. De ce fait, la créance née pour les besoins du déroulement de la procédure est inhérente à la procédure collective, puisqu'elle n'aurait pas pu naître en dehors de la procédure collective⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ A. LIENHARD, op. cit., 2^e éd. 2007, n°944. V. également, C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°603.

⁵⁶⁵ Ph. ROUSSEL-GALLE, op. cit., n°464, p.241.

⁵⁶⁶ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.021, p.859.

2) Les émoluments des professionnels

354. En pratique, il s'agit des frais et honoraires exposés par les professionnels qui interviennent dans les procédures collectives, qu'ils exercent ou non une mission dévolue aux organes de la procédure collective⁵⁶⁷.

La Cour d'appel de Paris a admis qu'en liquidation judiciaire, la créance de dépens et de l'article 700 du Code de procédure civile, ayant son origine dans la décision sur les frais et dépens, est régie par l'article L641-13 du Code de commerce⁵⁶⁸. Il pourrait alors s'agir d'une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure.

Pour rappeler que le domaine des créances nées pour les besoins de la procédure dépasse la seule catégorie des frais et honoraires des intervenants de la procédure collective, la Cour de cassation a rendu un arrêt retentissant le 16 juin 2010 qui précise que :

« L'article L641-13-I du Code de commerce ne vise ni les créances nées pour les besoins de la procédure, ni les créances nées pour les besoins de la liquidation judiciaire parmi les créances assorties d'un privilège de procédure ; qu'en qualifiant l'indemnité due au salarié licencié postérieurement au prononcé de la liquidation judiciaire de son employeur de « créance née régulièrement pour les besoins de la procédure » pour affirmer que cette créance devait bénéficier d'un traitement préférentiel, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Seules les créances nées pendant la poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période bénéficient d'un privilège de procédure ; que tel n'est pas le cas de l'indemnité due au salarié, licencié pour motif économique en raison du prononcé, sans poursuite d'activité, de la liquidation judiciaire de son employé ; qu'en élisant néanmoins une telle créance à un rang privilégié aux motifs erronés qu'« il n'y avait pas lieu de distinguer entre créance indemnitaire liée à la rupture du contrat de travail et créance de salaire lorsque ces

⁵⁶⁷ Greffiers, mandataires de justice, commissaires-priseurs et techniciens désignés par le jugement d'ouverture.

⁵⁶⁸ Paris, 8 décembre 2009, RG n°09/08067.

créances sont nées après l'ouverture de la procédure collective», la Cour d'appel a de nouveau violé l'article L641-13-I du Code de commerce »⁵⁶⁹.

355. Cependant, le cas des honoraires du conseil du débiteur pose des difficultés lorsque celui-ci intervient pour défendre les intérêts propres du débiteur qui n'ont pas de lien direct avec la procédure collective.

La recherche d'une solution à ces difficultés a donné naissance à une vive controverse doctrinale.

Pour une partie de la doctrine, il s'agit là de créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure⁵⁷⁰, alors que pour d'autres, un doute doit être émis quant à leur appartenance aux créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure⁵⁷¹.

Pour un auteur, les honoraires exposés dans le but de permettre au débiteur d'être présent ou représenté à une instance découlant d'une obligation légale ou réglementaire, doivent être qualifiés de créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure⁵⁷².

Cependant, certains auteurs proposent au débiteur et/ou son conseil d'obtenir au préalable l'accord du liquidateur, voire celle du juge-commissaire, sur la convention d'honoraires, afin de ne pas faire supporter à la procédure la charge de montants exorbitants nés des honoraires du conseil du débiteur⁵⁷³.

En outre, toute difficulté dans ce sens peut être soumise à l'arbitrage du juge-commissaire afin qu'il rende une ordonnance d'autorisation de paiement des honoraires jugés exorbitants par le liquidateur judiciaire.

356. Bien que l'AUPC ne prenne pas en considération les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective, nous pensons que les honoraires des professionnels, y compris ceux non nommés par le jugement d'ouverture de la procédure collective font partie de la famille des besoins nécessaires à toute procédure collective.

⁵⁶⁹ Soc. 16 juin 2010, n°08-19.351, Bulletin 2010, V, n° 140.

⁵⁷⁰ F PEROCHON, art. précité, Gaz. proc. coll. 2005, n°sp. 7-8 septembre 2005, n°29, p. 57.

⁵⁷¹ P. LE CANNU, op. cit., 7^e éd., n°766.

⁵⁷² P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453-21, p.768.

⁵⁷³ F. PEROCHON, op. cit., n°774, p.386 ; P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.21, p.768.

En effet, hormis les honoraires du syndic, le débiteur et/ou le syndic fait souvent appel à des experts comptables, avocats ou autres experts financiers afin d'évaluer certains éléments de la procédure collective. Ces frais, lorsqu'ils ne dépassent pas un certain montant à fixer par le législateur, pourraient faire intégralement partie des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective.

Alors, qu'en est-il de la catégorie des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période de poursuite provisoire de l'activité autorisée en liquidation judiciaire ?

Paragraphe 2 : Les créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite provisoire de l'activité

357. L'étude des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite de l'activité donne lieu à la détermination des créances concernées (A) avant de déterminer leur périmètre (B).

A- Les créances concernées

358. Les créances concernées se distinguent selon leur nature (1) et le moment de leur naissance (2).

1) La nature de la créance

359. L'application du traitement de faveur se fait selon qu'il s'agit d'une créance contractuelle ou d'une créance délictuelle.

a- La créance contractuelle

360. La détermination du fait générateur de la créance contractuelle n'est pas importante dans le cadre du bon déroulement de la procédure ou de la période d'observation. Certes cela permet de moraliser la procédure, conformément aux exemples pris par les auteurs⁵⁷⁴, mais la sanction du débiteur n'est pas l'ultime préoccupation dans la mesure où seule importe l'utilité de l'élément causal de la créance pour la procédure et pour la poursuite d'activité⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ F. PEROCHON, art. précité, n°33, p.62.

⁵⁷⁵ F. GREAU, *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 12 juin 2008, n°118, p.11, n°29.

L'auteur ajoute que : « *doit être pris en compte non seulement l'intérêt du débiteur, mais aussi celui de ses autres créanciers, dont les intérêts se trouvent lésés, sans qu'il y aille de l'intérêt, pourtant seul recherché, de la procédure ou de l'entreprise* ».

Puisqu'aucune dette n'est utile, l'utilité de la dette n'est pas importante, seule importe sa source⁵⁷⁶. En effet, la créance doit naître d'un acte ou d'une opération potentiellement utile à la procédure collective. Ainsi, dès lors que la créance est le résultat d'opérations de la procédure, il serait logique d'admettre qu'elle est née pour les besoins de la procédure⁵⁷⁷.

Cette disposition a un caractère restrictif et tout abus ferait naître une insécurité juridique pour les partenaires du débiteur et serait contraire à l'objectif du législateur qui est de lutter contre les abus engendrés par l'application de la jurisprudence sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises⁵⁷⁸.

Il ne faut pas non plus que la sélection entre les créances postérieures méritantes et non méritantes ne jette l'opprobre sur les dernières. Cette interprétation est proche de la solution retenue par la jurisprudence sur la question de la solidarité entre le bailleur du fonds et le locataire-gérant, dans le cadre de l'article L144-7 du Code de commerce⁵⁷⁹, et qui concerne les « *dettes contractées à l'occasion de l'exploitation du fonds* »⁵⁸⁰.

Selon un auteur, cette interprétation est importante dans la question spécifique des créances sociales et fiscales⁵⁸¹. En effet, les créances sociales inhérentes à la période de poursuite de l'activité peuvent correspondre à des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période du maintien de l'activité dans la mesure où l'article L641-13-I du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 est applicable aux créances nées pour les besoins de la poursuite provisoire⁵⁸².

⁵⁷⁶ F. PEROCHON, art. précité, n°28, p. 61 ; V. également, Ph. PETEL, 4^e éd., n°206.

⁵⁷⁷ Ph. PETEL, *Les créanciers postérieurs*, Rev. proc. coll. 2006/2, n°15, p.144.

⁵⁷⁸ Ph. PETEL, art. précité, n°16, p.144.

⁵⁷⁹ C.com., art. L144-7 : « *Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds* ».

⁵⁸⁰ Ph. PETEL, art. précité, n°17, p.145.

⁵⁸¹ F. PEROCHON, art. précité, n°28, p.61.

⁵⁸² C.com., art. L641-10.

b- La créance délictuelle

361. La question de la nature des créances délictuelles nées à l'occasion de la poursuite d'activité a été posée par la doctrine. En effet, ces créances bénéficient-elles du traitement préférentiel ?

Pour un auteur, l'attribution du traitement préférentiel doit être admise de manière souple dès lors que les créances naissent pendant la poursuite de l'activité⁵⁸³. En revanche selon un auteur, pour que les créances délictuelles nées des besoins de la procédure bénéficient du traitement préférentiel, il faut qu'elles « (soient) *issues de la faute du débiteur non pas contingentes, mais inhérentes à l'activité professionnelle* »⁵⁸⁴.

L'illustration la plus simple concerne la vente de produits contrefaits ou la vente pratiquée par le biais de pratiques écartant le jeu normal des règles du droit de la concurrence. Pour un auteur, il faut attribuer le traitement préférentiel à la créance délictuelle née pendant une opération utile à l'entreprise⁵⁸⁵. C'est le cas notamment de l'accident de circulation du camion effectuant une livraison pour le compte de l'entreprise.

Pour un autre auteur, toutes les solutions suggérées par la doctrine ne semblent pas évidentes⁵⁸⁶. En effet, l'auteur remarque une confusion entre la notion de besoins de la période d'observation ou de maintien de l'activité en liquidation judiciaire et la notion de besoins du déroulement de la procédure.

En tout état de cause, la situation paraît beaucoup plus simple en droit de l'OHADA où « *les créances de réparation de délits et quasi-délits commis par le débiteur après le jugement d'ouverture sont inopposables à la masse* »⁵⁸⁷.

2) Le moment de la naissance de la créance

362. Les créances concernées sont celles nées pour les besoins de la période d'observation ou pour les besoins de la période de poursuite de l'activité.

⁵⁸³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°603.

⁵⁸⁴ F. PEROCHON, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, op. cit., n°33, p. 62 ; F. PEROCHON, op. cit., n°772, p.385.

⁵⁸⁵ Ph. PETEL, art. précité, Rev. proc. coll. 2006, n°5, p.142.

⁵⁸⁶ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.22, p.769.

⁵⁸⁷ F. M. SAWADOGO, op. cit., n°175, p.170.

a- La période d'observation en sauvegarde et en redressement judiciaire

363. Les créances nées pour les besoins de la période d'observation doivent en principe comprendre toutes les créances nées de l'exploitation de l'entreprise lors de la période d'observation de la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Les créances nées pour les besoins de la période d'observation ne peuvent naître en droit de l'OHADA dans la mesure où l'AUPC n'ouvre pas de période d'observation en redressement judiciaire. Cependant, la prochaine réforme de l'AUPC réfléchit à l'introduction d'une période d'observation en redressement judiciaire. Dans ce cas, ce type de créances pourrait avoir leur place en droit de l'OHADA. Toutefois, il faudrait pour cela que l'AUPC prenne en compte de manière explicite les critères de la finalité de la créance contre la masse.

364. L'article L641-13-I du Code de commerce applicable en liquidation judiciaire s'intéresse aux créances nées lors de la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire convertie en liquidation judiciaire étant donné qu'il régit : *« Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou, dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, (...) pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure »*.

b- La période de poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire

365. En précisant que *« les dispositions de l'article L641-13 sont applicables aux créances nées pendant cette période »*, l'article L641-10 alinéa 1 *in fine* du Code de commerce s'intéresse aux créances nées pendant le maintien provisoire de l'activité en liquidation judiciaire. Ainsi, la loi de sauvegarde octroie le bénéfice du traitement préférentiel aux créances nées pour les besoins de la poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire.

Cependant, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a purement et simplement supprimé la précision que contenait l'article L641-10 alinéa 1 *in fine* du Code de commerce et selon laquelle : *« Les dispositions de l'article L641-13 sont applicables aux créances nées pendant cette période »*. Cette différence de rédaction n'emporte pas de conséquences

négligentes à la définition préalablement acquise et non encore requalifiée par la jurisprudence, ni la doctrine.

De toute façon, la créance née pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite d'activité en liquidation judiciaire est, pour reprendre la formule d'un auteur, « *contingente par rapport à la procédure collective* », puisqu'elle aurait pu bien naître en dehors de toute procédure collective⁵⁸⁸. En effet, conformément à l'article L641-13-I alinéa 1^{er} du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : « *Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité* ».

366. En droit de l'OHADA et en liquidation des biens, l'AUPC a prévu une période de maintien de l'activité du débiteur. Nous pensons dans ce cas que les créances nées pour les besoins du maintien de l'activité peuvent exister en liquidation des biens. Il peut s'agir alors des honoraires du syndic, de ceux des professionnels intervenant sur demande du syndic afin d'évaluer ou de clarifier certains éléments de la procédure collective ou des frais de greffe, mais leur prise en compte en tant que créances nées pour les besoins du maintien de l'activité du débiteur en liquidation des biens nécessite la prise en compte explicite du critère de la finalité par l'AUPC. Dans ce cas, la détermination de leur périmètre sera indispensable.

B- Le périmètre des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire

367. Le périmètre des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire est composé entre autres des créances sociales et fiscales (1) et de la créance environnementale (2).

1) Les créances sociales et fiscales

368. Il sera important à ce niveau de déterminer différemment les créances sociales et les créances fiscales concernées.

⁵⁸⁸ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.21, p.859.

a- Les créances sociales

369. Tout en rappelant qu'aucun texte ne confère au juge-commissaire le pouvoir de statuer sur une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, la chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision du 16 septembre 2010 concernant les cotisations sociales dues par un avocat pendant la période de poursuite de l'activité, a jugé que les cotisations professionnelles de l'avocat, en tant que garantie permettant la pérennité de l'activité de l'entreprise dont le non assujettissement ruinerait la poursuite de l'activité, constituent une créance inhérente à l'exercice professionnelle⁵⁸⁹. Par ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que les créances qui concernent la contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle sont inhérentes à l'activité parce qu'elles découlent d'une obligation légale incombant aux sociétés assujetties⁵⁹⁰.

b- Les créances fiscales

370. Conformément à l'article L641-13 du Code de commerce, pour bénéficier du traitement préférentiel, la créance fiscale doit respecter les critères stricts prévus par la loi de sauvegarde des entreprises, telle que modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. De ce fait, la créance fiscale doit être née pour les besoins de la période d'observation ou de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire. C'est dans ce cadre que les juges ont précisé dans une affaire que : *« attendu que les créances fiscales en cause n'entrent pas dans les catégories prévues par les dispositions de l'article L622-17 du Code de Commerce dont les dispositions sont plus restrictives que celles de l'article L622-32 ancien du Code de commerce, lequel prévoyait que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à l'échéance lorsque l'activité est poursuivie »*⁵⁹¹.

La même solution pourrait s'appliquer aux créances fiscales inhérentes à l'activité du débiteur, c'est le cas notamment de la TVA assise sur les ventes ou les prestations de

⁵⁸⁹ Civ. 2^e, 16 septembre 2010, n°09-16.182, NP, JCP E 2011, chron. 1030, n°11, note approb. Ph. PETEL.

⁵⁹⁰ Com. 15 juin 2011, n°10-18.726, P, n°620 FS-P+B.

⁵⁹¹ V. pour interprétation, Limoges, 4 février 2010, n°08-01.716.

service réalisées à l'occasion de la période d'observation⁵⁹². C'est le cas aussi de l'impôt sur les sociétés⁵⁹³.

371. Cependant, l'impôt payé par l'entrepreneur individuel qui est un impôt sur le revenu du débiteur, par le caractère annuel de son fait générateur, opère un décalage entre les besoins de la période d'observation ou la liquidation judiciaire et le fait générateur. Dans la mesure où le fait générateur de l'impôt sur le revenu n'est pas sa perception, mais l'expiration de l'année civile de perception⁵⁹⁴, en l'espèce, lorsque le jugement d'ouverture du débiteur entrepreneur individuel intervient le 15 mai, seule la part de l'impôt sur le revenu de la période du 15 mai au 31 décembre est couverte par le traitement préférentiel, puisque cette part est inhérente aux besoins de la période d'observation.

Ainsi, outre le débat doctrinal qui s'est imposé, la part constituant le *prorata* d'impôt c'est-à-dire celle qui couvre la période du 1^{er} au 14 mai ne doit pas bénéficier du traitement préférentiel, même si la créance d'impôt est née postérieurement au jugement d'ouverture⁵⁹⁵.

Selon un auteur, la redevance télévisuelle, la carte grise d'un véhicule, la taxe d'habitation ou les taxes foncières ne peuvent bénéficier du traitement préférentiel, puisqu'il s'agit d'impôts assimilés ne pouvant être rattachés à l'activité du débiteur⁵⁹⁶.

Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, ces créances d'impôts peuvent être considérées comme des créances de la vie courante du débiteur et être payées de ce fait. Cependant, l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 a changé la situation, puisque la catégorie des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur n'existe plus.

⁵⁹² Pour aller plus loin, v. B. LAGARDE, *Le Trésor public : un créancier comme les autres*, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n°sp., p.28.

⁵⁹³ C'est un impôt assis sur l'activité de l'entreprise.

⁵⁹⁴ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°443.11.

⁵⁹⁵ TGI Toulouse, 2 mars 2009, RG n°08/03085.

⁵⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°603; P.-M. LE CORRE, *La taxe foncière, une créance postérieure méritante*, Gaz. Pal. éd. Sp. Droit des entreprises en difficulté 15 et 16 octobre 2010, p.12.

2) *Le cas de la créance environnementale*

372. Certains auteurs pensent que la créance environnementale ne peut pas être couverte par le traitement préférentiel car elle naît de l'injonction préfectorale de remise en état du site pollué⁵⁹⁷.

Cependant, lorsque la créance résulte d'un arrêté complémentaire au respect duquel le préfet subordonne la poursuite de l'activité, elle serait née pour les besoins de la poursuite de l'activité⁵⁹⁸. De ce fait, les juges tout en rappelant que la créance environnementale a pour fait générateur l'arrêté préfectoral ordonnant au débiteur la consignation des sommes répondant du montant des travaux de dépollution à réaliser, ont admis que : *« Si la créance n'est certainement pas née du maintien provisoire de l'activité, qui n'a pas été ordonné après le prononcé de la liquidation judiciaire, elle doit néanmoins être considérée comme répondant aux besoins du déroulement de la procédure de liquidation judiciaire, dont l'objectif fixé par l'article L. 640 1 du code de commerce est d'abord de mettre fin à l'activité de l'entreprise dans des conditions et selon des modalités nécessairement conformes aux prescriptions d'intérêt général du code de l'environnement, qui doivent prévaloir sur les intérêts particuliers en présence »*⁵⁹⁹.

Outre l'attribution du traitement préférentiel à des créances postérieures ayant une finalité précise, la loi de sauvegarde octroie également un traitement préférentiel aux créances nées pour une cause économique.

⁵⁹⁷ J.-L. VALLENS, op. cit., éd. 2007, n°3100 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°603.

⁵⁹⁸ F.-G. TREBULLE, *Entreprise et développement durable*, JCP E 2006, 1257, n°28, p.318.

⁵⁹⁹ Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n° 11/02571 ; P.-M. LE CORRE, D. 2012, p. 2196

Section 2 : Le critère de l'activité économique du débiteur

373. Le critère de l'activité économique du débiteur ou critère fonctionnel permet de poser une limite économique à la naissance des créances postérieures méritantes. En effet, ce critère permet de savoir si la créance est utile et efficace économiquement et si la créance a un impact sur le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

374. En ce sens, la distinction se fera conformément aux créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, en droit français (Paragraphe 1) et aux créances octroyant un profit à la masse des créanciers du droit de l'OHADA (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur

375. La loi de sauvegarde des entreprises a introduit un nouveau critère dans l'arsenal juridique destiné à la détermination du sort des créances postérieures. En effet, conformément à l'article L622-17 du Code de commerce, la créance doit être la « *contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle* ». De ce fait, toute créance postérieure au jugement d'ouverture et issue d'une prestation fournie au débiteur en contrepartie de son activité professionnelle bénéficie du traitement préférentiel.

376. Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ne sont pas prévues par l'AUPC étant donné que l'AUPC ne prend pas en compte, de manière explicite, le critère de la finalité à la procédure collective de la créance contre la masse. Cependant, des relations sont nouées entre le débiteur et les prestataires de service, notamment ceux qui fournissent l'électricité, l'eau ou l'entretien des locaux ou des matériels du débiteur.

En tout état de cause, la prise en compte de cette catégorie de créances bénéficiaires du traitement de faveur pourrait conduire à un double emploi avec les créances ayant profité à la masse des créanciers.⁶⁰⁰

⁶⁰⁰ Infra, n°396 et s.

377. Le traitement préférentiel est dans ce cas soumis à l'existence d'une contrepartie fournie au débiteur (A), et jusqu'au 15 février 2009, pour son activité professionnelle (B).

A- La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur

378. La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur doit se déterminer selon l'acception donnée au critère (1) et conformément aux prestations concernées (2).

1) L'acception du critère

379. A titre liminaire, il est important de se demander si le critère de la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur doit être compris et appliqué alternativement ou cumulativement avec le critère des besoins nés du déroulement de la procédure⁶⁰¹.

En effet, il est possible de considérer l'existence d'une présomption d'utilité à l'égard de toute créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur en cas de poursuite d'un contrat en cours⁶⁰². Cette affirmation permet également d'écarter la créance issue de la décision expresse de non continuation du contrat en cours, puisqu'elle est inutile⁶⁰³.

380. Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, il existait une différence de rédaction entre l'article L622-17-I du Code de commerce qui prévoyait une « *prestation fournie au débiteur* » et l'article L641-13-I du Code de commerce qui exigeait que la créance soit née « *en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements* ».

Les jugements visés sont ceux qui ouvrent ou prononcent la liquidation judiciaire, ou dans ce dernier cas, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée.

Cette différence rédactionnelle est sans conséquence sur la détermination de la créance postérieure méritante, puisque le législateur a voulu une lecture harmonieuse entre les deux dispositions. En effet, que la prestation ait été fournie en période d'observation ou en liquidation judiciaire, le traitement préférentiel sera de mise.

⁶⁰¹ A. LIEHNARD, *Procédures collectives*, éd. 4, 2011-2012, Delmas éditions, n°76.54, p.224.

⁶⁰² F. PEROCHON, op. cit., n°766, p.381.

⁶⁰³ Loc. cit.

De toute façon, cette différence rédactionnelle a disparu avec la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En outre, du fait du renvoi de l'article L641-10 du Code de commerce aux dispositions de l'article L641-13 du même Code, les créances nées pendant la poursuite provisoire de l'activité autorisée en liquidation judiciaire, en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle, sont désormais couvertes par le traitement préférentiel.

2) Les prestations concernées

381. La notion de prestation doit être recherchée avant de s'attarder sur l'éviction des créances délictuelles.

a- La notion de prestation

382. Outre la possible confusion entre les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur et celles nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, la créance doit être une prestation, le terme de prestation recouvre un service ou la délivrance d'un bien, en propriété ou en jouissance⁶⁰⁴.

Les créances provenant d'une prestation fournie au débiteur sont nombreuses et couvrent entre autres les créances nées des nouveaux contrats conclus en période d'observation ou celles nées de la continuation des contrats en cours en période d'observation, voire en liquidation judiciaire.

En tout état de cause, il s'agit des créances permettant l'approvisionnement du débiteur, ou singulièrement de l'entreprise sous procédure collective. Il peut s'agir des livraisons de biens et des fournitures de services dont la mise à disposition d'une somme d'argent⁶⁰⁵.

Aussi, la contrepartie des contrats continués, la contrepartie des contrats en cours, entre le jugement d'ouverture et l'option sur la continuation dudit contrat, sans qu'il y ait lieu

⁶⁰⁴ Ph. PETEL, op. cit., n°13, p.144.

⁶⁰⁵ Gaz. Pal. 08 septembre 2005 n° 251, p. 57.

de distinguer selon que le contrat aura été ou non continué, puisque jusqu'à l'option, le cocontractant est obligé de fournir la prestation promise⁶⁰⁶.

La notion de prestation est à entendre de façon objective, économique, matérialiste, et peut même déborder du cadre contractuel : si le débiteur a par exemple joui d'un local, la créance née en contrepartie peut être différemment une créance de loyers, contrepartie contractuelle de l'occupation licite, ou une indemnité d'occupation, en cas d'occupation illicite, mais effective des locaux par le débiteur après l'expiration du contrat.

En outre, les créances de responsabilité contractuelle seront couvertes par le traitement préférentiel, sauf les indemnités de résiliation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture qui sont fictivement considérées comme des créances antérieures à déclarer au passif du débiteur⁶⁰⁷. Aussi, les créances nées dans le cadre de la préparation de la cessation de l'activité consécutive à l'arrêt de l'exploitation de l'entreprise doivent aussi être couvertes par le traitement préférentiel⁶⁰⁸. De ce fait, les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur dépassent le simple cadre unique des créances contractuelles⁶⁰⁹.

b- L'éviction des créances délictuelles

383. Ce critère semble écarter du traitement préférentiel, les créances délictuelles qui ne mettent logiquement pas en exergue une prestation fournie au débiteur. En effet, les créances dont bénéficierait la partie civile sur le débiteur, auteur d'une infraction pénale ne sont pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur⁶¹⁰. Ce sera le cas également des amendes pénales dues au Trésor public ou les dommages et intérêts dus au titre de l'action civile.

En tout état de cause, les créances nées des prestations fournies au débiteur doivent avoir un lien direct avec son activité professionnelle. A défaut, elles seraient

⁶⁰⁶ F. PEROCHON, op. cit., n°768, p.382 ; L.C. HENRY, *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2008, n°20, p.25 ; F. GREAU, *Pour un véritable privilège de procédure*, op. cit., n°30, p.12.

⁶⁰⁷ F. GREAU, art. précité, n°10, p. 6.

⁶⁰⁸ Loc. cit.

⁶⁰⁹ Ph. PETEL, art. précité, n°13, p.144; F. PEROCHON, art. précité, n°22, p.60; A. LIENHARD, op. cit. n°944; F. GREAU, art. précité, n°14, p.7.

⁶¹⁰ Rapport X. DE ROUX, n°2095, p.232.

considérées comme des créances de la vie courante ne permettant pas le bénéfice du traitement préférentiel.

B- Le lien entre la prestation fournie et l'activité du débiteur

384. L'exigence d'un lien entre la prestation fournie au débiteur et l'activité professionnelle de ce dernier a connu une évolution nous obligeant à déterminer ce lien avant la loi de sauvegarde des entreprises (1) et depuis la réforme de cette loi (2).

1) Avant la loi de sauvegarde des entreprises

385. La situation doit être déterminée, avant d'en rechercher les conséquences.

a- La situation

386. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises s'est posée la question de la naissance des créances de l'article 40 en dehors de l'activité professionnelle du débiteur personne physique. A cela, les juges ont le plus souvent répondu par la négative⁶¹¹. En effet, les frais de justice exposés par le débiteur dans le cadre de la défense de ses droits propres, après jugement d'ouverture, ne font pas partie des créances de l'article 40⁶¹².

C'est la même solution qui a été retenue concernant les loyers du logement du débiteur, ainsi que la créance d'allocation-chômage de l'ASSEDIC. En revanche, à propos d'une taxe foncière assise sur un immeuble non affecté à l'activité professionnelle du débiteur, la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article 40 s'appliquaient indépendamment du fait que les impôts en cause ne se rattachent pas à l'exploitation⁶¹³.

La même solution a été adoptée à propos de charges de copropriété afférentes à l'immeuble d'habitation du débiteur⁶¹⁴. Pour certains auteurs, même si la solution contribue à grever lourdement la trésorerie du débiteur, rendant ainsi plus difficile le redressement de l'entreprise, la solution doit être approuvée⁶¹⁵. Cette solution a pour fondement la règle de l'unité du patrimoine et a été retenue dans les travaux

⁶¹¹ Voir IFFOOC 1999, recommandation n°6020-2, p.147.

⁶¹² CA Aix-en-Provence, 8^e ch. Civ., 13 novembre 1997, BICC 1^{er} juin 1998, n°660, p.17.

⁶¹³ Com. 14 novembre 2000, n°97-21.414, inédit titré, Rev. proc. coll. 2002, p.210, n°6, obs. Ph. NEAU-LEDUC.

⁶¹⁴ Civ. 3^e, 2 juillet 2003, n°99-21.270, inédit titré, LXB n°N8632AAX, note P.-M. LE CORRE.

⁶¹⁵ Ph. PETEL, op. cit., 3^e éd., n°217 ; KERCKHOVE, op. cit., n°487 ; F. DERRIDA et alii, op. cit., n°410 ; *contra* : C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°604 ; Y. GUYON, op. cit., n°1248.

préparatoires de la loi du 25 janvier 1985, en proposant que l'article 40 ne s'applique qu'aux créances nées de l'activité de l'entreprise⁶¹⁶.

387. La Cour de cassation a voulu, dans un arrêt du 18 septembre 2007, écarter les créances nées après une décision expresse de non-continuation du contrat en cours, puisque la prestation fournie en violation de la volonté manifeste de l'administrateur judiciaire ne l'est pas pour, mais contre les besoins de la procédure⁶¹⁷.

L'amendement du sénat qui allait dans le sens de la jurisprudence ci-dessus a été rejeté et la loi de sauvegarde a changé la situation en prévoyant que seules les créances en rapport avec les besoins de la procédure, de la période d'observation ou qui sont la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle bénéficieront du traitement préférentiel de l'article L622-17 du Code de commerce.

b- Les conséquences de la situation

388. La situation qui prévalait avant le 15 février 2009 était porteuse d'une insécurité juridique pour le partenaire contractuel du débiteur étant donné ce dernier ne pouvait à l'avance savoir si sa créance serait couverte par le régime juridique favorable offert aux créances postérieures titulaire du traitement préférentiel. De plus, l'absence de traitement préférentiel aurait obligé le créancier à une déclaration de créance au passif frappé par un délai de forclusion. D'ailleurs, cette situation a été qualifiée de confiscation par un auteur⁶¹⁸.

2) Depuis la loi de sauvegarde des entreprises réformée

389. L'apport de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises doit être recherché, avant d'en déterminer les conséquences.

a- L'apport de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises

390. L'exigence du lien entre la créance postérieure et l'activité professionnelle du débiteur a été supprimée par la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Dorénavant, les créances postérieures naissent en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, lors et en dehors de son activité professionnelle, pendant la période

⁶¹⁶ F. DERRIDA et alii, op. cit., n°410 ; F. PEROCHON, op. cit., n°766, p.381.

⁶¹⁷ Com. 18 septembre 2007, n°06-13824.

⁶¹⁸ P.-M. LE CORRE, op.cit., n°453.24, p.795.

d'observation et pendant la poursuite provisoire de l'activité autorisée en liquidation judiciaire.

Pour un auteur, la suppression du lien entre la créance postérieure et l'activité professionnelle du débiteur ne change pas vraiment la situation, puisque le débiteur devra, en tout état de cause, payer les prestations qui lui ont été fournies dans le cadre de son activité professionnelle⁶¹⁹. En ce sens, le débiteur devra payer les partenaires qui ont fourni des biens et services à l'entreprise car à défaut, l'activité n'aurait pas pu être maintenue. En effet, la réforme de la loi de sauvegarde conserve intactes les deux premières catégories de créances postérieures à savoir les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure et celles nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire.

Cependant, la catégorie des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur n'a plus à être obligatoirement liée à l'activité professionnelle du débiteur. Ce qui provoque une extension du domaine des créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel par le regroupement sous la bannière des créances postérieures méritantes, d'un ensemble de créances auparavant écarté du dispositif. Par conséquent, toutes les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur bénéficient du traitement préférentiel sans qu'il y ait lieu de faire la distinction selon qu'elles naissent en rapport ou non avec son activité professionnelle⁶²⁰.

Cette réforme diminue l'efficacité du nouveau critère d'utilité, dès lors que certaines créances non utiles à l'exploitation de l'entreprise en difficulté sont couvertes par le traitement préférentiel.

En effet, le législateur a, par cette modification, élargi le domaine des créances postérieures relatives au débiteur personne physique. Les personnes morales ne sont pas concernées par cette disposition parce qu'elles n'ont pas, en droit privé, d'activité « *extraprofessionnelle* »⁶²¹.

En outre, ce retour partiel à la situation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises permet d'englober, dans la catégorie des créances postérieures éligibles au traitement

⁶¹⁹ F. PEROCHON, op. cit., n°766, p.381.

⁶²⁰ Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre, Titre I, chap. II-5, art.29.

⁶²¹ F. PEROCHON, op. cit., n°766, p.381.

préférentiel, certaines créances nées de la vie courante du débiteur personne physique, puisqu'il suffit que ces créances naissent en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

b- Les conséquences de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises

391. Les conséquences de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises consistent en une confusion, une nouvelle situation des créances de la vie courante et le sort de l'expiration de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire.

b-1) La confusion occasionnée

392. Un auteur a souligné le fait que l'ordonnance réformatrice a permis d'aspirer les créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur dans la catégorie des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur⁶²². En effet, la créance de la vie courante concerne généralement une créance propre à la vie du chef d'entreprise en tant que personne physique distincte de la structure qu'il dirige.

Cette catégorie de créances n'a pas été expressément définie par le droit des entreprises en difficulté. Pour la déterminer, un raisonnement par analogie avec la procédure de surendettement des particuliers semble s'imposer, puisque constituent une créance de la vie courante, les dettes contractées pour des besoins personnels ou familiaux⁶²³. Ainsi, le débiteur dont l'entreprise est en sauvegarde peut, par exemple, contracté un crédit automobile afin d'acquérir un véhicule à usage exclusivement personnel. En l'espèce, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, cette créance de remboursement bien que postérieure au jugement d'ouverture et régulière, par la conservation des pouvoirs de gestion du débiteur, ne pouvait bénéficier du traitement préférentiel attribué aux créances postérieures méritantes. En effet, la prestation fournie au débiteur n'a pas de lien direct avec son activité professionnelle.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a permis la suppression de la référence à l'activité professionnelle du débiteur, la créance de remboursement, en tant que prestation fournie au débiteur, peut désormais bénéficier du traitement préférentiel.

⁶²² P. CROCQ, *L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés*, Rev. proc. coll. 2009/1, p.77, n°12.

⁶²³ La procédure de surendettement traite les situations de déconfiture touchant les particuliers.

Cette remarque ne peut être suivie sans nuance, puisque toutes les créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur ne sont pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur et de ce fait, ne bénéficieront pas du traitement préférentiel. C'est le cas notamment de la redevance télévisuelle ou de la taxe d'habitation⁶²⁴.

393. De ce fait, il y a lieu de préciser, d'une part, que les créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur et les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ne se confondent pas ; et d'autre part, que la prestation fournie n'a pas obligatoirement à remplir un caractère de nécessité pour le débiteur, puisque les besoins luxueux ne sont pas écartés, voire interdits sauf en cas de détournement d'actif, pénalement sanctionné⁶²⁵. D'ailleurs, un auteur propose, concernant les créances nées pour les besoins de la vie courante et contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, « *d'annuler les dépenses excessives au regard de la situation du débiteur* »⁶²⁶.

b-2) La situation des créances de la vie courante

394. Sous l'empire de la loi de sauvegarde non réformée, les créances nées en contrepartie d'une prestation non professionnelle fournie au débiteur, mais classées dans la catégorie des créances nées pour les besoins de la vie courante, étaient payées à l'échéance. Cependant, ces dernières ne disposaient d'aucune action en justice par l'effet de l'arrêt des poursuites individuelles, à défaut d'avoir été payées spontanément. Pour compliquer encore plus leur situation, ces créances devaient être déclarées au passif du débiteur et le créancier ne pouvait pas demander la résolution du contrat pour non paiement.

En liquidation judiciaire et conformément à l'ordonnance réformatrice, le traitement préférentiel est réservé aux créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pendant la poursuite provisoire de l'activité. Donc le texte actuel précise clairement que ce type de créance ne peut naître que pendant cette période de maintien de l'activité autorisée en liquidation judiciaire, ce que disait déjà, en filigrane, le texte antérieur à la réforme de 2008.

⁶²⁴ F. PEROCHON, *Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles*, D.2009, 662, n°37.

⁶²⁵ F. PEROCHON, art. précité, n°37 ; F. PEROCHON, op. cit., n°769, p.383.

⁶²⁶ Ibid., p.383.

b-3) L'expiration de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire

395. Cependant, qu'en est-il des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur personne physique, mais à l'expiration de la période de maintien de l'activité ?

Cette question est d'autant plus intéressante en présence d'un bail d'habitation dans une liquidation judiciaire sans poursuite de l'activité. En ce sens, il est interdit au débiteur locataire de payer son loyer, l'arrêt des poursuites individuelles oblige ; et le bailleur n'a pas non plus la possibilité de demander la résiliation du bail pour non paiement d'une créance postérieure non éligible au traitement préférentiel. Pour un auteur, cette situation s'apparente à une spoliation du bailleur à usage d'habitation en lui refusant l'expulsion du locataire mauvais payeur⁶²⁷.

Cela est d'ailleurs une atteinte au droit de propriété consacré par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH)⁶²⁸. Pour cela une partie de la doctrine est en faveur de l'idée de permettre aux créanciers dont les créances sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, après expiration de la période de poursuite provisoire de l'activité, de bénéficier du traitement préférentiel⁶²⁹.

La solution a été récemment donnée par la jurisprudence qui a précisé dans une affaire que : *« en cas de liquidation judiciaire, l'autorisation du juge-commissaire de licencier n'est exigée que lorsque le licenciement est prononcé durant la période de maintien de l'activité. Lorsqu'un licenciement est prononcé postérieurement à l'expiration de la période de maintien de l'activité, peu important la date à laquelle la procédure a été engagée, la lettre de licenciement n'a pas à viser l'autorisation du juge-commissaire obtenue préalablement, puisque le liquidateur peut procéder au licenciement en application de la seule décision de liquidation judiciaire »*⁶³⁰.

⁶²⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°453.24, p.796.

⁶²⁸ Art. 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH : *« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».*

⁶²⁹ F. PEROCHON, art. précité, D. 2009, 662, n°37 ; A. LIENHARD, op. cit., 3^e éd., 2009, n°1919.

⁶³⁰ CA Angers, ch. soc., 26 mars 2013, n°12-02.082.

Cependant, pour certains auteurs, nonobstant la simplification apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'extension de la catégorie des créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel entraînerait des dérives ne pouvant être sanctionnées que par le recours, éventuellement, à la notion d'acte de disposition étranger à la gestion courante ou à la notion pénale de détournement d'actifs⁶³¹.

Contrairement à la loi de sauvegarde réformée qui prévoit expressément les critères téléologiques additionnels à l'attribution du traitement préférentiel aux créances postérieures, le critère du profit de l'AUPC ne peut être trouvé que conformément à l'esprit des dispositions de l'Acte uniforme.

Paragraphe 2 : Le profit de la créance à la masse des créanciers

396. La masse des créanciers est une structure importante issue traditionnellement du droit français. Ainsi, c'est la loi française du 25 juin 1985 qui l'a supprimée des dispositions du droit des procédures collectives, même si certains auteurs parlent encore de sa survivance implicite.

Cette notion a été reprise par l'AUPC dans ses dispositions, puisque : « *La décision d'ouverture constitue les créanciers en masse représentée par le syndic qui, seul agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 (...)* ».

En la matière, il s'agit de savoir si la masse constitue une personne morale.

Cette réponse est affirmative du moment où d'une part, la masse est représentée par le syndic ou le syndic et le débiteur. Il est juridiquement évident que seule une personne est représentée.

D'autre part, l'AUPC a repris l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 dont la formulation a été considérée par la doctrine française comme une consécration légale de la personnalité morale de la masse des créanciers reconnue par la Cour de cassation⁶³².

⁶³¹ F. PEROCHON, art. précité, D. 2009, chrono. 651, n°35 ; F. REILLE, *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus*, Gaz. Pal. 6-7 mars 2009, p.38, n°11 s.

⁶³² Com. 17 janvier 1956, D.1956, 256, note HOUIN, cité par F.M. SAWADOGO, op. cit., n°202, p. 199.

En outre, la masse des créanciers permet d'établir la différence entre les différents créanciers qui jouxtent les procédures collectives, à savoir les créanciers dans la masse, les créanciers de la masse et les créanciers hors la masse.

397. Depuis l'AUPC, la masse a également un intérêt distinct de celui des créanciers qui la composent, ce qui lui permet de poursuivre un créancier en faisant partie et ayant accru le passif ou diminué l'actif⁶³³. La réponse à cette question a été longtemps incertaine en Afrique comme l'a soutenu un auteur⁶³⁴.

398. Cependant, l'AUPC n'a pas expressément prévu de disposition concernant le critère du profit à la masse. C'est à la lecture des dispositions concernant les créances postérieures, conformément à l'esprit général de l'AUPC, qu'appert ce critère.

En effet, à la lecture de l'article 117 de l'AUPC, il est permis de constater que les créanciers de la masse ou contre la masse priment tous les créanciers dans la masse, puisque leurs prestations ont profité à la masse.

399. Selon le dictionnaire Littré, le profit est un avantage, un bénéfice moral ou matériel ou encore une utilité.

Le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, définit, quant à lui, le profit comme tout avantage patrimonial ou extrapatrimonial.

400. De ce fait, le profit à la masse des créancier est un critère d'utilité, puisque la prestation du créancier de la masse ou contre la masse a procuré un avantage patrimonial, voire extrapatrimonial à la masse des créanciers. En cela, le profit s'apparente d'une part, à un mode de sélection entre les créances (A) et d'autre part, l'absence de profit peut constituer un frein à l'homologation du concordat judiciaire (B).

⁶³³ Art. 108 AUPC : « Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie. Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution. Si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse. Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat ».

⁶³⁴ F.M. SAWADOGO, note sous TPI Ouagadougou, 13 juin 1984.

A- Le profit, mode de sélection entre les créances de la masse

401. La nature du critère de profit de la masse des créanciers (1) doit être déterminée avant de s'attacher à l'application pratique dudit critère (2).

1) La nature du critère de profit à la masse des créanciers

402. La nature du profit se définit conformément au rôle du profit et à l'enrichissement de la masse des créanciers.

a- Le rôle du profit

403. Il s'agit de déterminer les objectifs du profit et du rapprochement du critère au droit français.

a-1) Les objectifs du profit

404. A la lecture des dispositions de l'AUPC, un troisième critère lié à la naissance des créances de la masse se dessine. Ce critère concerne l'utilité de la créance postérieure à la masse des créanciers, puisque la prestation du créancier a profité à la masse. De ce fait, la créance doit avoir profité à la masse des créanciers pour qu'elle puisse être considérée comme une créance de la masse et bénéficier pour cela d'un traitement de faveur.

Ce critère du profit implicitement inséré dans l'AUPC provient, dans la moindre mesure, de la législation française du 13 juillet 1967 ayant servi de modèle, sur certaines de ses dispositions, à l'élaboration de l'AUPC.

405. L'objectif du critère du profit est de permettre au débiteur de valoriser l'entreprise en difficulté. Ainsi, l'exécution des contrats de fourniture des biens, après le jugement d'ouverture, permet à l'entreprise de continuer son activité et de pouvoir réussir son redressement ou de valoriser sa vente éventuelle *in fine*.

Puisque la masse des créanciers détient la personnalité juridique, elle détient un patrimoine propre. Ainsi, d'après un auteur, « *seule une personne a un patrimoine et un seul et toute personne a un patrimoine* »⁶³⁵. Et parallèlement aux autres personnes morales, sociétés commerciales par exemple qui sont constituées dans le but de réaliser

⁶³⁵ F. PEROCHON, 9^e, op. cit., p.168, n°311 et s.

un profit, la masse des créanciers cherche également à réaliser un profit : le redressement de l'entreprise en dépend largement.

a-2) Le rapprochement au droit français actuel

406. Ce regard sur le critère du profit à la masse ressemble fortement à la catégorie des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle qui existait sous l'empire de la loi de sauvegarde non réformée.

En effet, d'une part, la créance de la masse peut être assimilée à une prestation fournie non pas au débiteur, mais à la masse des créanciers en tant que personne morale indépendante.

D'autre part, le lien à l'activité professionnelle du débiteur interviendra parce que toute prestation en dehors de l'activité professionnelle du débiteur ne peut pas, logiquement, avoir profité à la masse.

b- Un enrichissement de la masse des créanciers

407. Il ressort de tout ce qui précède que les créanciers de la masse sont ceux dont les droits naissent postérieurement au jugement d'ouverture. Ces créances proviennent soit des quasi contrats ou des quasi délits, soit des contrats conclus par le syndic.

Ainsi, la Cour d'appel ayant constaté que le syndic a continué l'exploitation dans des locaux sans en payer le loyer, s'est maintenu dans les lieux dans l'espoir d'en tirer avantage au profit de la masse et sans ignorer qu'il sacrifiait les intérêts du bailleur, ne fait que donner aux faits leur exacte qualification et loin de relever un moyen d'office justifie sa décision de condamner la masse des créanciers qui s'est enrichie à payer une indemnité d'occupation correspondant à la perte des loyers échus depuis l'ouverture de la procédure collective⁶³⁶.

2) *L'application pratique du critère du profit de la créance à la masse des créanciers*

408. En l'absence d'une prise en compte explicite du critère du profit à la masse des créanciers, il est important de recourir, à titre comparatif, à l'apport de la jurisprudence

⁶³⁶ Com. 9 mai 1985, n° de pourvoi: 84-10684.

française sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. Par ailleurs, le sort des créances dénuées du profit à la masse doit être déterminé.

a- L'apport de la jurisprudence française

409. La jurisprudence française a, bien avant la loi du 13 juillet 1967, dégagé certaines créances de la masse conformément au critère chronologique et celui du profit à la masse. En effet, les juges, dans plusieurs affaires qui leur ont été soumises, ont pu dégager un certain nombre de créances de la masse.

C'est ainsi qu'en premier lieu, les frais d'administration de la faillite ou du règlement judiciaire sont des créances de la masse, puisqu'ils ont profité à la masse des créanciers⁶³⁷.

Les créances issues de l'exécution postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective des contrats de fournitures passés avant ou après le jugement déclaratif sont des créances de la masse. A la seule condition que ces créances post-jugement déclaratif aient profité à la masse⁶³⁸.

A ces créances, les juges ajoutent toutes les opérations lors desquelles la masse des créanciers s'est enrichie sans cause par le fait d'un paiement indu ou d'une gestion d'affaires⁶³⁹.

Ont également profité à la masse, les créances issues de l'exploitation du commerce du débiteur conformément à l'autorisation de poursuite régulière obtenue par lui⁶⁴⁰.

Les condamnations prononcées contre le représentant de la masse dans les instances engagées par lui ou contre lui, sont considérées avoir profité à la masse des créanciers.

Les créances issues des réparations faites aux immeubles du débiteur, sans qu'il faille affecter uniquement les loyers qui en proviennent à l'exécution de cette obligation, profitent à la masse, puisque ces réparations permettent de conserver la valeur des immeubles⁶⁴¹.

⁶³⁷ Civ. 13 mars 1893, DP 93, 1, 209 ; Civ. 10 juillet 1893, DP, 1, 521 ; Paris, DC 1943, J 128, note CHERON.

⁶³⁸ Civ. 8 avril 1930 et 31 janvier 1933 ; Com. 29 avril 1956, Ets Marlin C/ Buytet ès qual.

⁶³⁹ Civ 18 janvier 1937, S 1937, 1, 89, note ROUSSEAU.

⁶⁴⁰ Trib. Com. Toulouse, 3 novembre 1953, JCP 54.

⁶⁴¹ Rouen, 24 décembre 1959, Quot. Jur. 28 avril 1960.

410. Aussi, conformément à l'autorisation de poursuite de l'exploitation du commerce, les créances nées des contrats de location de meubles⁶⁴² ou d'immeubles⁶⁴³ ont profité à la masse.

Profitent également à la masse, les créances salariales nées de l'engagement du salarié par le syndic ou par le débiteur assisté de son administrateur lors de la continuation autorisée de l'exploitation du fonds⁶⁴⁴. En effet, l'admission d'une société au bénéfice du règlement judiciaire n'est pas un cas fortuit ou de force majeure susceptible de mettre fin automatiquement aux contrats de travail en cours. En cas d'autorisation donnée à l'administrateur de continuer l'exploitation pour le compte de la masse des créanciers, celle-ci, qui constitue une personne morale distincte des créanciers qui la composent, et qui bénéficie de cette continuation de l'entreprise exercée pour son compte et dans son intérêt propre, est légalement tenue, en vertu de l'article 23, paragraphe 7 du livre I du Code du travail, de continuer les contrats de travail en cours, et, en cas de rupture desdits contrats, de payer les indemnités contractuelles de rupture. Il en est de même concernant l'indemnité de licenciement des employés de l'entreprise dont les contrats ont été continués après la faillite ou le règlement judiciaire, puis licenciés⁶⁴⁵.

b- Le sort de la créance dénuée de profit à la masse

411. Cependant, qu'en est-il des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais ne remplissant pas le critère implicite du profit à la masse ?

A priori, il est justifié de penser que ces créances seront traitées comme des créances hors la masse exclues du champ des créances de la masse, bien que répondant aux critères classiques de chronologie et de régularité⁶⁴⁶. Il s'agira, en effet, des créances qui n'ont pas profité à la masse parce qu'elles ont aggravé les difficultés du débiteur, tout en soustrayant des actifs du gage général des créanciers.

Cependant, la catégorie des créances contre la masse exige que la créance soit née régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure, sans qu'il soit exigé, du moins explicitement, de respecter le critère du profit à la masse.

⁶⁴² Cass. Req. 27 avril 1931, DP 1933, 1, 136.

⁶⁴³ Civ. 12 février 1923, DP 1924, 1, 129, note ROUAST ; Cass. Req. 29 octobre 1935, S 1936, 1, 22.

⁶⁴⁴ Trib. Com. Seine, 12 décembre 1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 275.

⁶⁴⁵ Soc. 7 juillet 1961, JCP 61, II, 12287 bis, note LINDON.

⁶⁴⁶ *Infra*, n°435.

En tant que critère implicite, l'exigence du profit n'est pas retenue par l'AUPC. De ce fait, il est logique de constater qu'aucune sanction n'est prévue dans le droit de l'OHADA actuel concernant les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais qui ne profitent pas à la masse des créanciers.

En outre il serait difficile que la situation change, de *lege ferenda*, puisque l'objectif de l'AUPC est de soutenir les créanciers de la masse qui ont accepté de traiter avec le débiteur en difficulté. La seule parade à l'absence de sanction expresse du non profit de la créance à la masse nous semble être la responsabilité civile professionnelle du syndic garant de la protection des intérêts de la masse, en étant le représentant de cette dernière. Ainsi, la responsabilité du syndic pourrait être engagée parce qu'il n'aurait pas vérifié que la prestation profiterait à la masse des créanciers avant de conclure le contrat.

En tout état de cause, le critère du profit à la masse attaché, de manière pragmatique, aux créances de la masse freine, dans certaines conditions, l'homologation du concordat judiciaire.

B- L'absence de profit, frein à l'homologation du concordat judiciaire

412. Il sera opportun de commencer par poser le problème (1) avant de tenter d'en rechercher une solution (2).

1) L'apparition du problème

413. Les dispositions de l'AUPC, tout comme celles de la loi française du 13 juillet 1967, permettent de constater que les créanciers de la masse sont étrangers au vote du concordat judiciaire, puisqu'ils bénéficient d'un traitement de faveur⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Art. 72, loi du 13 juillet 1967 : « Le concordat est soumis à l'homologation du tribunal. Celui-ci ne l'accorde que :

1. Si les conditions de validité du concordat sont réunies ;
2. Si aucun motif de l'intérêt public ne paraît de nature à empêcher le concordat ;
3. Si toutes les offres faites conformément à l'article 68 font du concordat voté un concordat sérieux ;
4. Si, en cas de règlement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale » ; Article 127 AUPC : « La juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que :
1° si les conditions de validité du concordat sont réunies ;
2° si, aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

En effet, une fois le concordat judiciaire homologué et le jugement d'homologation passé en force de chose jugée, le débiteur redevient *in bonis*, ce qui permet aux créanciers de la masse non payés dans le cadre de la procédure d'être payés en ayant recours aux mesures de sûreté instaurées par le droit commun. Cependant, en Afrique, le problème vient du fait que le débiteur revenu à la tête de ses affaires peut décider délibérément de ne pas payer ses créanciers, puisqu'il tend à dissiper ses biens ou d'en disposer pour payer d'autres créanciers sur la base d'une priorité non pas légalement fondée, mais fondée sur des intérêts économiques, voire personnels. Cela est l'une des conséquences de l'insécurité juridique et judiciaire que le droit de l'OHADA a eu pour objectif principal de supprimer en Afrique.

2) La tentative de résolution du problème

414. La résolution du problème peut être recherchée sur deux pistes : soit en transposant la solution ancienne du droit français, soit en recherchant une solution propre au droit de l'OHADA.

a- La transposition de la solution française

415. Le paiement de la créance sera fortement lié à la bonne foi du débiteur. De ce fait, le critère du profit peut être, peu ou prou, considéré comme une sorte de garantie de paiement des créances de la masse.

C'est pourquoi il est important, dans les pays membres de l'OHADA, de reconsidérer la solution retenue par la jurisprudence française. En effet, certains tribunaux français, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, avaient exigé du syndic le paiement de toutes

3° si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif ;

4° si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale.

En aucun cas, l'homologation du concordat ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245 ci-après. Ne sont pas considérés comme des avantages particuliers les délais et remises particuliers consentis par les créanciers munis de sûretés réelles spéciales dans les conditions prévues aux articles 120 et 125 ci-dessus.

La nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraîne pas l'annulation du concordat, sous réserve des dispositions de l'article 140 ci-après.

Dans le cas où le concordat de redressement ne comporte aucune remise ni des délais excédant deux ans, la juridiction compétente peut prononcer l'homologation après avoir reçu communication des rapports du syndic et du Juge-commissaire et entendu les contrôleurs, s'il en a été nommé, en leurs observations sans que les créanciers soient appelés à voter ».

les créances de la masse avant l'homologation du concordat. Ainsi, à défaut de paiement intégral des créances de la masse, l'homologation du concordat ne sera pas acceptée, ni validée par le tribunal.

Conformément aux dispositions relatives à l'homologation du concordat, le tribunal peut aussi, pour faire rentrer les créanciers de la masse dans leurs droits, rechercher si les motifs tirés de l'intérêt public ne s'opposent pas au concordat et si l'existence d'un passif de la masse ne fait pas du concordat voté, un concordat non sérieux. En effet, la création d'un nouveau passif au cours du redressement judiciaire que le débiteur se trouvera dans l'impossibilité de régler totalement, n'est pas compatible avec l'intérêt public. De ce fait, l'homologation obtenue malgré l'existence d'un passif postérieur exigible ne permet pas une exécution normale du concordat, puisque la menace de poursuites en paiement sera suspendue sur la tête du débiteur à l'image d'une épée de Damoclès⁶⁴⁸.

b- La recherche d'une solution spécifique au droit de l'OHADA

416. En tout état de cause, les créanciers de la masse doivent être payés avant tous les autres créanciers qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au concordat, puisque les créanciers de la masse comprennent tous ceux qui ont traité avec le syndic aussi bien avant l'homologation du concordat qu'après son annulation⁶⁴⁹. De ce fait, le critère du profit à la masse des créances retrouve son objectif de frein à l'homologation du concordat lorsqu'elles ne sont pas payées.

De *lege ferenda*, un développement exprès du critère du profit sera nécessaire dans le cadre de la détermination du périmètre des créances de la masse. Ainsi, le législateur pourrait préciser qu'outre les deux critères classiques de la postériorité et de la régularité de la naissance des créances, ces dernières doivent avoir profité à la masse. Cela permettra d'éliminer les créances inutiles ne profitant guère à la masse et surtout de faciliter le travail des juges et autres praticiens locaux du droit des entreprises en difficulté en mettant à leur disposition un outil pragmatique de sélection au sein même de la catégorie des créances de la masse. Cela va de la réussite du redressement de l'entreprise. Par ailleurs, les critères qui sous-tendent la naissance d'une créance

⁶⁴⁸ Cf. Art. 67, loi du 13 juillet 1967.

⁶⁴⁹ Paris, 8 mai 1928, Gaz. Pal. 1928, 2, 284.

postérieure soumise au traitement préférentiel ou au traitement de faveur jouent un rôle prépondérant sur le sort de certaines créances postérieures.

CHAPITRE II : L'INFLUENCE RELATIVE DES CRITERES DE NAISSANCE DE LA CREANCE POSTERIEURE SUR CERTAINES CREANCES

417. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et l'ordonnance de réforme du 18 décembre 2008 retiennent trois critères cumulatifs permettant de déterminer les créances postérieures méritantes, donc éligibles au traitement préférentiel.

En effet, pour qu'une créance postérieure bénéficiaire du traitement préférentiel puisse exister, il faut que la créance naisse postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Ensuite, cette naissance doit avoir été régulière, c'est-à-dire conformément aux principes de gestion et d'administration de l'entreprise en difficulté.

Enfin, la créance née régulièrement après le jugement d'ouverture doit respecter les critères dits d'utilité à la procédure. L'exigence des critères d'utilité de la créance postérieure est assez récente, puisqu'en France c'est la loi de sauvegarde qui les a introduits. Leur importance provient du fait qu'ils permettent d'établir une sélection au sein même des créances postérieures pour ne retenir que celles qui méritent d'être traitées de manière préférentielle.

La même rigueur a été retenue par l'AUPC qui exige deux critères classiques, à savoir ceux de la chronologie et de la régularité. Cependant, un troisième critère d'utilité se dessine de la lecture des dispositions de l'AUPC, c'est le critère du profit à la masse des créanciers. En effet, les prestations constituant des créances contre la masse sont considérées avoir profité à la masse des créanciers.

418. Hormis les créances postérieures dont le régime sera étudié plus loin, les conséquences de l'application des critères de la naissance des créances postérieures font naître, dans la procédure collective, deux autres catégories de créances. Il s'agit en effet d'une part, des créances postérieures exclues de la procédure (Section 1) et d'autre part, des créances indifférentes à la procédure (Section 2).

Section 1 : Les créances exclues de la procédure collective

419. Les créances postérieures exclues de la procédure collective le sont parce qu'elles n'ont pas été conformes à un ou à la totalité des critères exigés dans le cadre de la naissance des créances postérieures éligibles au traitement préférentiel. Ces créances sont d'une part, les créances postérieures régulières, mais non bénéficiaires du traitement préférentiel, c'est-à-dire des créances postérieures non méritantes (Paragraphe 1) et d'autre part, les créances postérieures irrégulières (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les créances postérieures non méritantes

420. La détermination des créances concernées doit être effectuée (A) avant celle de leur sort (B).

A- Les créances concernées

421. L'étude des créances concernées se plie à la question de l'absence de traitement préférentiel (1) qui rend opportun la recherche de la règle applicable (2).

1) L'absence de traitement préférentiel

422. En droit français, certaines créances bien que nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, ne bénéficient pas du traitement préférentiel. Ceci, parce que la créance ne remplit pas certains critères d'utilité liés à la naissance des créances postérieures éligibles au traitement préférentiel.

423. En droit de l'OHADA, il est aisé de remarquer que la catégorie des créances postérieures régulières non bénéficiaires du traitement préférentiel n'existe pas, dans l'état du droit actuel, parmi les dispositions de l'AUPC. Cependant, la prise en compte future, de manière explicite nous osons l'espérer, du critère du profit de la créance postérieure régulière à la masse des créanciers, pourrait changer la situation. Ainsi, seraient rassemblées sous l'appellation des créances postérieures inutiles, les créances nées certes régulièrement après le jugement d'ouverture, mais n'ayant pas profité à la masse des créanciers.

2) La règle applicable en droit français

424. Les créances concernées non méritantes sont les créances prévues par le Code de commerce dans son article L622-7 alinéa 1^{er} qui concerne la créance « *non mentionnée au I de l'article L622-17* »⁶⁵⁰. Cette expression issue de l'article L622-7 du Code de commerce est vague et imprécise et elle vient ajouter une difficulté supplémentaire à la détermination du périmètre des créances postérieures⁶⁵¹.

Pour alléger cette difficulté, il faut cerner les contours de l'expression de « *créance postérieure régulière non bénéficiaire du traitement préférentiel* ». En effet, il s'agit des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture du chef du débiteur surveillé, assisté ou représenté par l'administrateur judiciaire ou du chef du liquidateur judiciaire, mais qui ne correspondent pas aux critères téléologiques issus de la loi de sauvegarde des entreprises et modifiés par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Conformément à l'analyse *a contrario* de l'article L622-17 du Code de commerce, il s'agit en somme des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais pas « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ». De ce fait, la détermination de leur sort est de rigueur.

B- Le sort des créances postérieures non méritantes

425. Les créances postérieures non méritantes sont traitées de manière différente par rapport aux créances postérieures méritantes (1) et ce traitement différencié est favorisé par le recours à la situation des créances antérieures (2).

1) Le traitement différencié

426. Les créances postérieures nées régulièrement, mais non éligibles au traitement préférentiel ne sont pas payées à l'échéance. Elles ne bénéficient pas davantage du privilège qui constitue la chasse gardée des créances postérieures.

En effet, c'est une évidence, la précision selon laquelle la créance née régulièrement après jugement d'ouverture, mais non bénéficiaire du traitement préférentiel, ne peut en

⁶⁵⁰ Dispositions applicables à la procédure de redressement judiciaire conformément à C.com., art. L631-14 à la liquidation judiciaire en vertu de l'art. L641-3.

⁶⁵¹ P. LE CANNU, op. cit., 7^e éd., n°818.

aucun cas se voir appliquer le privilège exclusivement réservé aux créanciers postérieurs éligibles au traitement préférentiel⁶⁵².

En outre, elles doivent supporter les règles traditionnelles du droit des procédures collectives, c'est-à-dire la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et son corollaire la règle de l'interdiction des paiements.

Par ailleurs, les créances postérieures non méritantes doivent être déclarées au passif de la procédure collective, conformément à des délais aménagés prévus par le Code de commerce dont l'article L622-24 alinéa 5 prévoit que : *« Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au I de l'article L622-17 sont soumises aux dispositions du présent article. Les délais courent à compter de la date d'exigibilité de la créance. Toutefois, les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat »*⁶⁵³.

427. Comment, en droit de l'OHADA, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais n'ayant pas profité à la masse des créanciers seront-elles traitées ?

Il est indéniable que leur sort doit être prévu par les dispositions de l'AUPC et pour cela, deux hypothèses s'offrent à nous.

En premier lieu, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais n'ayant pas profité à la masse pourraient être assimilées par les textes à des créances dans la masse parce qu'elles n'ont pas été utiles à la procédure collective⁶⁵⁴. Cependant, cette hypothèse serait difficilement justifiée en droit car, bien que n'ayant pas profité à la masse, la date de naissance de la créance reste et demeure postérieure au jugement

⁶⁵² CA Grenoble, ch. civ. 2, 15 mars 2011, n° 10/02239, SA SFCR c/ SA SERAC et a. : JurisData n° 2011-030085, Lettre d'Act. proc. coll. n° 3, Février 2012, alerte 40.

⁶⁵³ C.com., art. R622-22: *« En application du cinquième alinéa de l'article L622-24, les créanciers dont les créances, nées régulièrement après le jugement d'ouverture autres que celles mentionnées au I de l'article L622-17, résultent d'un contrat à exécution successive déclarent leurs créances, pour la totalité des sommes échues et à échoir, sur la base d'une évaluation, dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Lorsque le contrat est conclu postérieurement à ce jugement, les créanciers déclarent leurs créances pour la totalité des sommes échues et à échoir, sur la base d'une évaluation, dans un délai de deux mois à compter de la première échéance impayée, qu'elle ait été ou non régularisée ».*

⁶⁵⁴ Il faut insister sur le fait que l'idée soit consacrée par un texte étant donné qu'il s'agit là d'une fiction juridique qui est, comme nous l'avons vu, de droit strict.

d'ouverture de la procédure collective. Ce qui implique qu'elle ne peut pas avoir un sort commun avec les créances dans la masse. Ainsi, de deux choses, l'une : soit la naissance de cette catégorie de créances donne automatiquement lieu à la mise en œuvre de la responsabilité du syndic, puisqu'il aurait dû, en tant que représentant de la masse, vérifier que les prestations profitent à la masse ; soit ces créances seront considérées comme des créances hors la masse, c'est-à-dire qu'elles ne seront pas payées dans le cadre de la procédure collective. En outre, le législateur de l'OHADA pourrait, à l'image des « *post commencement claim* » du droit japonais, leur attribuer un statut particulier⁶⁵⁵. En effet, les « *post commencement claim* » sont des créances qui, bien que leur fait générateur soit postérieur à l'ouverture d'une procédure, n'entrent dans aucune catégorie des créances du « *Civil rehabilitation act (CRA)* ». Pour cela, le CRA les dote d'un statut particulier qui permet de ne pas les payer « *durant une période qui s'étend du commencement de la procédure jusqu'à ce que la période prévue dans le plan pour les paiements s'achève ou à défaut que la procédure soit clôturée avant que le plan soit adopté, que le paiement des créances mentionnées dans le plan soit complet ou que le plan soit résolu. En outre, aucune mesure d'exécution ne peut être réalisée* »⁶⁵⁶.

En second lieu, les créances postérieures régulières, mais inutiles, ne bénéficieront ni du principe du paiement au comptant, ni du principe subsidiaire du paiement par priorité. De ce fait, elles devront être déclarées au passif dans des délais aménagés eu égard à leur naissance postérieure et régulière.

En attendant, seule est reconnue par l'AUPC, à l'instar de la loi de sauvegarde, la catégorie des créances postérieures irrégulières.

2) Le traitement différencié favorisé par le recours à la situation des créances antérieures

428. Le traitement différencié des créances postérieures non méritantes est favorisé par l'application des règles rigoureuses de la procédure collective et par la problématique de leur existence lors d'une procédure collective.

⁶⁵⁵ Pour aller plus loin, v. M.-H. MONSERIE-BON, *Aperçu sur le Droit Japonais des Procédures Collectives*, Osaka University Law Review, n°59, February 2012, p.27-36.

⁶⁵⁶ CRA, art. 123.

a- L'application des règles rigoureuses de la procédure collective

429. Le traitement différencié des créances postérieures non méritantes les rapproche de la catégorie des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, même si elles sont chacune née de part et d'autre de la ligne de démarcation, c'est-à-dire du jugement d'ouverture.

Par conséquent, la soumission des créances régulières non bénéficiaires du traitement préférentiel à la procédure de déclaration au passif conditionne leur paiement à l'application du régime des créances antérieures. Alors, elles percevront les dividendes du plan de sauvegarde ou de redressement de la même manière que les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective⁶⁵⁷.

Cependant, la possible assimilation du sort des créances postérieures non bénéficiaires du traitement préférentiel au régime des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture n'a pas été expressément prévue par la loi de sauvegarde des entreprises même réformée. En effet, aucune disposition du Code de commerce ne fait état de la possible application de la règle de l'arrêt du cours des intérêts aux créances postérieures nées régulièrement mais non bénéficiaires du traitement préférentiel.

En outre, l'article L622-28 du Code de commerce qui prévoit l'arrêt du cours des intérêts ne s'applique qu'aux intérêts qui ont commencé à courir avant le jugement d'ouverture de la procédure⁶⁵⁸. Ce qui ne concorde pas avec la situation de la créance postérieure régulière non éligible au traitement préférentiel, puisqu'elle est, par essence, née après le jugement d'ouverture de la procédure.

En revanche, l'application, aux créances postérieures non méritantes, de certaines règles classiques du droit des procédures collectives destinées aux créances antérieures apparaît comme une simple fiction juridique. Puisque la fiction juridique est de droit

⁶⁵⁷ Rapport X. DE ROUX, n°2095, p.227.

⁶⁵⁸ C.com., art. L622-28 : « *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa. Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires* ».

strict, c'est-à-dire qu'elle n'est applicable qu'en vertu d'un texte qui la prévoit expressément, l'assimilation de la créance postérieure, née régulièrement après le jugement d'ouverture même non bénéficiaire du traitement préférentiel, à une créance antérieure n'est pas juridiquement acceptable⁶⁵⁹.

b- La problématique de l'existence des créances postérieures non méritantes

430. La situation des créances postérieures non méritantes a été passée au crible par un auteur qui s'est alors posé la question de l'utilité du maintien de cette distinction artificielle⁶⁶⁰. Il soutient sa thèse par une argumentation dont la teneur suit. Le législateur a voulu en découdre avec le critère chronologique en obligeant des créancier à déclarer au passif leur créance pourtant née postérieurement au jugement d'ouverture et ce, comme des créanciers antérieurs. Cette méthode, entérinée par la loi de sauvegarde des entreprise et ses réformes postérieures, a permis d'« *antérioriser* » des créances ayant un fait générateur postérieur au jugement déclaratif, se pose alors la question de l'intérêt du maintien d'une telle distinction.

L'auteur va plus loin en proposant que soit uniquement retenue, la notion de « *créance utile à la procédure* ». Cela conduirait à deux hypothèses : soit la créance est utile, et elle devra alors être éligible au traitement préférentiel ; soit elle ne l'est pas, et elle devra être déclarée au passif du débiteur. Nous ne partageons pas cette idée étant donné que la consécration d'une notion unique de « *créance utile à la procédure* », ferait disparaître le critère classique et indispensable de la chronologie de la naissance de la créance. En outre, l'absence de ce critère rendrait superficielle et inintelligible la distinction entre les créances antérieures et postérieures dans la mesure où le jugement d'ouverture ne servirait plus de ligne de démarcation entre ces deux types de créances. Par ailleurs, les créances utiles à la procédure collective pourraient facilement être des créances antérieures, donc ces dernières seraient couvertes par le traitement préférentiel aux dépens de certaines créances postérieures, même inutiles. Cela rendrait totalement inopérant le but de traitement de faveur qui se dessine comme une faveur accordée aux

⁶⁵⁹ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/fiction-fictif.php> : « (Les) *fictions* sont définies par la Loi qui précise quelles elles sont, dans quelles circonstances elles prennent effets et dans quelles limites ces effets sont pris en compte. Certaines d'entre elles ne peuvent être combattues par la preuve contraire, elles ont un effet absolu, en revanche la preuve de la réalité des circonstances de fait dans lesquelles ses effets prennent naissance, est recevable quand elles n'ont qu'un caractère relatif ».

⁶⁶⁰ Pour plus de détails v., intervention de maître Olivier PECHENARD in P.-M. LE CORRE, *Entreprises en difficulté, Atelier no 1 : nature et régime des créances postérieures*, LPA 09 avril 2009, n° 71, p. 4.

créanciers qui ont accepté, malgré les difficultés de l'entreprise, de conclure avec elle et de permettre la continuité de son activité pendant la procédure. D'ailleurs, l'auteur admet volontiers que cette notion sacrifierait certains créanciers, notamment les créanciers fiscaux et sociaux sur l'autel du redressement de la société. Sachant que ces créances s'inscrivent dans une logique globale dépassant le cadre du redressement de l'entreprise, puisque les créances fiscales alimentent les caisses de l'Etat et les créances sociales permettent de réduire la précarité dans la société. Cette idée doit être purement et simplement rejetée, d'autant plus que les juges ont décidé que le caractère inutile d'une créance postérieure, justifiant l'interdiction des paiements, doit être suffisamment motivé⁶⁶¹.

Paragraphe 2 : Les créances postérieures irrégulières

431. La créance postérieure irrégulière est une créance qui bien que née postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, ne respecte pas le critère organique.

432. La nature des créances postérieures irrégulières doit être déterminée (A) avant de s'attarder sur leur sort (B).

A- La nature des créances postérieures irrégulières

433. Une distinction doit être établie entre les créances postérieures irrégulières et les créances postérieures non méritantes (1), avant de déterminer le contenu des premières (2).

1) La distinction avec les créances postérieures non méritantes

434. Une distinction s'impose entre les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture ne bénéficiant pas du traitement préférentiel et les créances postérieures nées irrégulièrement après le jugement d'ouverture.

En effet, la première catégorie de créances est née régulièrement, c'est-à-dire conformément aux règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure collective, après le jugement d'ouverture de la procédure collective, contrairement à la seconde catégorie qui est, quant à elle, née irrégulièrement, donc au

⁶⁶¹ Com. 3 novembre 2010, n° 09-69.533, F-P+B, Blandin c/ Sté BNP Paribas : JurisData n° 2010-020181, Lettre d'act. proc. coll. n° 19, Novembre 2010, alerte 265.

mépris des principes du partage des pouvoirs, après le jugement d'ouverture. Cette distinction permet d'asseoir le caractère primordial du critère organique de la naissance des créances postérieures dans la mesure où l'acceptation des créances postérieures irrégulières au titre du bénéfice du traitement de faveur aurait pour conséquence de pervertir l'objectif principal de ce traitement et consistera en une accumulation de créances illégalement nées venant grever le passif du débiteur.

La distinction entre les créances postérieures non méritantes et les créances postérieures irrégulières est renforcée par la différence du sort réservé aux deux catégories de créances postérieures.

2) Le contenu des créances postérieures irrégulières

435. La catégorie des créances postérieures irrégulières couvre aussi bien les créances postérieures irrégulières du droit français, que les créances hors la masse, telles que prévues par l'AUPC.

La détermination du contenu des créances postérieures irrégulières a été facilitée par une décision de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2006⁶⁶². En l'espèce, il s'agissait d'un débiteur en liquidation judiciaire, donc dessaisi, qui a émis un chèque sans provision. Il ressortait de cette situation, en l'occurrence, que le titre exécutoire ne pouvait pas donner naissance à une créance régulière et, de ce fait, les inscriptions d'hypothèques prises en vertu de ce titre exécutoire étaient elles-mêmes frappées d'inopposabilité à la procédure collective.

En droit de l'OHADA, la créance hors de la masse de l'AUPC couvre deux types de créances. Il s'agit d'une part, de la créance née antérieurement au jugement d'ouverture, mais hors la masse et d'autre part, la créance postérieure au jugement d'ouverture hors la masse.

Les créances antérieures hors la masse concernent les créances frappées d'inopposabilité⁶⁶³, d'une part et d'autre part, les créances antérieures qui n'ont pas été produites au passif dans les délais légaux et qui, par conséquent, sont forcloses sans qu'une demande de relevé en forclusion n'ait été introduite ou introduite dans le délai prescrit.

⁶⁶² Paris, 2^e ch. B, 19 janvier 2006, RG n°05/10401.

⁶⁶³ Par exemple les libéralités.

Quant aux créances postérieures hors la masse, elles concernent toutes les créances nées certes après le jugement d'ouverture, mais au mépris des règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et le syndic. En d'autres termes ce sont des créances nées du chef du débiteur en redressement judiciaire sans l'assistance obligatoire du syndic ou encore celles nées du chef du débiteur en liquidation des biens alors qu'il est dessaisi et doit être représenté par le syndic exclusivement. De ce fait, la détermination de leur sort reste indispensable.

B- Le sort des créances postérieures irrégulières

436. Les créances postérieures irrégulières sont traitées comme des créances inopposables à la procédure collective du débiteur (1). Cependant, leur existence emporte des conséquences en présence d'une procédure collective à but liquidatif (2).

1) Des créances inopposables à la procédure collective

437. Les créances postérieures irrégulières sont inopposables à la procédure collective du débiteur parce qu'elles ne sont pas soumises à la déclaration au passif et les autres règles du droit des procédures collectives ne leur sont pas applicables.

a- L'absence de déclaration au passif

438. Le créancier postérieur dont la créance est née irrégulièrement n'est pas tenu à l'obligation de déclarer sa créance au passif de la procédure collective. Dans la mesure où ladite créance est inopposable à la procédure collective, elle ne peut pas être payée tant que la procédure continue à suivre son cours.

C'est de la même manière que la procédure collective, sous l'AUPC, ignore totalement les créances hors la masse. En effet, les créanciers hors la masse ne peuvent pas exercer leurs droits sur le patrimoine du débiteur à tout le moins tant que la procédure collective dure, puisqu'elles sont inopposables à la procédure de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Cependant, cette inopposabilité qui a pour conséquence le non-paiement de la créance lors de la procédure, ne doit pas empêcher la clôture de la procédure pour extinction du passif.

b- L'absence d'application des autres règles de la procédure collective

439. La créance née irrégulièrement après le jugement d'ouverture ne peut pas être payée à l'échéance, conformément aux dispositions de l'article L622-7-I du Code de commerce qui précise que : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L622-17* ».

En outre, le créancier ne peut pas poursuivre le débiteur en paiement étant donné que l'interdiction des poursuites individuelles de l'article L622-12-I du Code de commerce concerne tous les créanciers dont la créance n'a pas été mentionnée au I de l'article L622-17 du même Code⁶⁶⁴.

Il en est de même en droit de l'OHADA où l'appellation « *créance hors la masse* » fait preuve de leur mise à l'écart inconditionnelle de la procédure collective.

2) Les conséquences de la clôture de la procédure liquidative

440. L'article L643-11-I du Code de commerce s'intéresse de manière générale au sort des créanciers en présence d'un jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Ainsi, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf lorsqu'il s'agit d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier.

En effet, la généralité des dispositions de l'article L643-11-I du Code de commerce permet de dire qu'à l'instar de tous les créanciers, le créancier dont la créance postérieure est irrégulière ne peut pas recouvrer, après clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, le droit de poursuivre le paiement de sa créance irrégulière, puisqu'elle est hors procédure⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ C.com., art. L622-21-I : « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :*

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».

⁶⁶⁵ Ph. PETEL, op. cit., 5^e éd., n°222 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°606.

La loi de sauvegarde des entreprises modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 reconnaît deux types de clôture de la liquidation judiciaire, à savoir la clôture pour extinction du passif et la clôture pour insuffisance d'actif.

La clôture pour extinction du passif permet de rétablir le débiteur ou les dirigeants dans leurs droits⁶⁶⁶. Cependant, la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif ne rétablit pas la personne morale dans ses droits, puisque la dissolution automatique opérée par le jugement de liquidation est irréversible⁶⁶⁷, sauf nomination d'un liquidateur amiable aux fins d'introduire des actions tendant à augmenter l'actif à partager⁶⁶⁸. De ce fait, la clôture pour insuffisance d'actif ne permet pas la reprise des poursuites individuelles de la part des créanciers frappés par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁶⁶⁹. Des lors, cette clôture n'interdit pas aux créanciers postérieurs méritants de poursuivre le débiteur en paiement de leurs créances étant donné qu'ils ne sont pas soumis à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

441. Qu'en est-il de la situation des créances postérieures hors la masse après clôture de la procédure de liquidation des biens ?

La clôture de la procédure pour extinction du passif telle que prévue par les articles 178 et 179 de l'AUPC est la solution la plus enviable qu'il soit, mais elle est rare. Ainsi, étant donné que le débiteur est rétabli dans ses droits et déchargé de toutes les déchéances, la masse disparaît. De ce fait, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle y compris les créanciers postérieurs hors la masse.

Pour une hypothèse comparative, en droit français, les juges considèrent désormais que le jugement de clôture pour extinction du passif n'a pas autorité de chose jugée quant à l'extinction des créances. Dès lors, il appartient au créancier prétendant n'avoir pas été désintéressé de rapporter la preuve de ce fait⁶⁷⁰.

Il sera plus intéressant au créancier de demander le paiement de sa créance après une clôture pour extinction du passif contrairement au cas de clôture pour insuffisance

⁶⁶⁶ C.com., art. L653-11 al. 2.

⁶⁶⁷ Com. 26 octobre 1999, n°97-12.640, Bull. civ. IV, n°196 ; D. 1999, AJ 77, obs. A. LIENHARD.

⁶⁶⁸ Com. 8 juin 2010, n°09-15.550, Bull. civ. IV, n°105 ; D. 2010. Actu. 1621, obs. A. LIENHARD.

⁶⁶⁹ C.com., art. L643-11 et R643-20.

⁶⁷⁰ Com. 16 novembre 2010, n° 09-69.495, *Cecopar c/ S.* : JCP G 2001, 86 ; JCP E 2011, 1105, note J.-J. BARBIERI ; Act. proc. coll. 2010, comm. 289, obs. L. FIN-LANGER, Sem. Jur. E. et Aff. n° 13, 31 Mars 2011, 1263, chr. Ph. PÉTEL.

d'actif. En effet, la clôture pour insuffisance d'actif telle que prévue par les articles 173 et 177 de l'AUPC permet aux créanciers de recouvrer l'exercice individuel de leurs actions, mais munis d'un titre exécutoire⁶⁷¹. Ce qui n'est pas forcément le cas du créancier hors la masse qui n'est pas tenu de déclarer sa créance et ne peut, par conséquent, pas bénéficier des effets de la déclaration des créances. Toutefois, la poursuite ne sera intéressante que lorsque le débiteur revient à meilleure fortune. Contrairement aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture mais non bénéficiaires du traitement préférentiel et aux créances postérieures irrégulières qui sont purement et simplement exclues de la procédure, certaines créances sont uniquement indifférentes à la procédure collective, c'est-à-dire qu'elles évincent les effets de la procédure collective.

⁶⁷¹ Renvoi de l'art. 174 à l'art. 171 AUPC qui prévoit que : « *Si leurs créances ont été vérifiées et admises, le Président de la juridiction compétente prononçant la décision de clôture vise l'admission définitive des créanciers, la dissolution de l'union, le montant de la créance admise et celui du reliquat dû. La décision est revêtue de la formule exécutoire par le greffier. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours* ».

Section 2 : Les créances indifférentes à la procédure collective

442. L'ouverture d'une procédure collective n'a pas d'effet sur certaines créances : il s'agit des créances indifférentes à la procédure parce qu'elles ont un caractère alimentaire ou qu'elles s'attachent à la vie privée du débiteur personne physique.

En cela, les créances indifférentes à la procédure n'existent que dans les procédures ouvertes à l'encontre d'un débiteur personne physique. Par ailleurs, les créances postérieures alimentaires et celles nées postérieurement au jugement d'ouverture pour les besoins de la vie courante du débiteur, même régulières, ne sont pas éligibles au traitement préférentiel. Cependant, les créances alimentaires et de la vie courante du débiteur personne physique ne sont pas, non plus, traitées de la même manière que les créances antérieures, même lorsqu'elles naissent antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

C'est dans ce cadre que le législateur français a, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, décidé que cette catégorie de créances échappe à la règle de l'interdiction des paiements. En effet, les créances relatives au loyer du logement de famille ou celles relatives à l'entretien et à l'éducation des enfants échappent aux règles traditionnelles et rigoureuses des procédures collectives. Ce sont des raisons humanitaires qui justifient la souplesse du traitement de ces créances, en présence d'une procédure collective étant donné qu'elles sont considérées comme des créances ordinaires opposables à la procédure.

443. Dès lors, il paraît nécessaire dans un premier temps de déterminer le sort des créances alimentaires (Paragraphe 1) avant de s'attarder sur le sort des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le sort des créances alimentaires

444. Les créances alimentaires sont celles nées des obligations alimentaires entre personnes physiques fondées sur la solidarité familiale⁶⁷². Cette définition permet d'exclure du champ des créances alimentaires, les créances nées en contrepartie de la fourniture d'aliments, ainsi que toutes les obligations ayant un caractère et non pas une

⁶⁷² F. PEROCHON, op. cit., n°573, p.288.

nature alimentaire⁶⁷³. C'est le cas notamment de la créance salariale qui n'est pas une créance alimentaire détenue contre le débiteur employeur.

445. De ce fait, l'évolution du régime des créances alimentaires doit être précisée (A) avant de s'attarder sur l'application de leur régime juridique (B).

A- L'évolution du régime des créances alimentaires

446. En droit français, les créances alimentaires étaient, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, celles soumises au droit commun des créanciers de la procédure collective. En effet, lorsque la créance alimentaire naît antérieurement au jugement d'ouverture, le régime des créances antérieures lui était appliqué. Le régime des créances postérieures était applicable aux créances alimentaires dont la naissance est postérieure au jugement d'ouverture.

C'est à partir de 2003 que la jurisprudence a décidé de modifier le sort des créances alimentaires en les soumettant à un régime spécifique et autonome qui ne tient pas compte de la distinction classique entre la créance antérieure et la créance postérieure basée sur le fait générateur de la créance⁶⁷⁴. En effet, le paiement de la créance alimentaire est possible sur tout bien appartenant au débiteur, mais selon la Cour de cassation, son recouvrement n'est possible que par le paiement spontané sur les biens dont le débiteur a conservé la libre disposition, puisque la règle de l'arrêt des poursuites individuelles lui est applicable⁶⁷⁵. Cependant, les créances alimentaires dont la naissance est postérieure au jugement d'ouverture ne sont pas couvertes par le régime

⁶⁷³ Civ. 2^e, 3 juillet 2008, n°07-15.223 ; Civ. 2^e, 19 mars 2009, n°07-20.315, B : Ces décisions ont été rendues en matière de surendettement mais sont transposables au droit des entreprises en difficulté.

⁶⁷⁴ Com. 8 octobre 2003, n° 99-21.682 et n° 00-14.760 : JurisData n° 2003-020467 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 151 et 152 ; JCP E 2004, 151, n° 12, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Rev. proc. coll. 2004, p. 242, n° 1, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; JCP G 2004, I, 115, n° 12, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; D. 2003, act. jurispr., p. 2637, obs. A. LIENHARD ; D. 2004, som. com. p. 1965, obs. A. DENIS-FÂTOME ; Act. proc. coll. 18/2003, n° 230, obs. M. STORCK ; Dr. famille 2003, n° 1323, note H. LÉCUYER ; LPA 17 février 2004, p. 7, note A.-F. ZATTARA ; Dr. et proc. 2004, p. 87, obs. P. CROCQ ; Rev. proc. coll. 2003, p. 353, n° 2, obs. M.-P. DUMONT ; Gaz. Pal. 2003, p. 3756, note P.-M. LE CORRE ; RTD com. 2004, p. 368, n° 1, obs. A. MARTIN-SERF ; Com., 4 avril 2006, n° 04-16.672 : Bull. civ. 2006, IV, n° 89, D. 2006, p. 1166, obs. A. LIENHARD ; Gaz. Pal. 2006, p. 4173, note F. VAUVILLÉ ; RTD com. 2006-3, p. 662, n° 3, obs. A. MARTIN-SERF ; RTD civ. 2006, p. 546, n° 19, note J. Hauser ; Com., 10 mai 2005, n° 03-10.971 : Gaz. Pal. 2005, p. 3741, obs. F. VAUVILLÉ ; Com., 30 mars 2005, n° 03-20.424 : JurisData n° 2005-027858 ; Rev. proc. coll. 2006, p. 61, n° 5, obs. F. LEGRAND ; Com. 1^{er} février 2005, n° 01-13.943 : Bull. civ. 2005, IV, n° 18 ; D. 2005, p. 489, obs. A. LIENHARD et p. 2196, note J. REVEL ; Act. proc. coll. 4/2005, obs. L.-C. HENRY ; RTD civ. 2005, p. 375, n° 21, obs. J. HAUSER ; Gaz. proc. coll. 1/2005, p. 33, n° 3-1, obs. P.-M. LE CORRE ; Com., 30 juin 2004, n° 03-12.002 et n° 03-10.986 ; Com., 19 nov. 2003, n° 01-00-431 : JurisData n° 2003-021143 ; Act. proc. coll. 2/2004, n° 19

⁶⁷⁵ Ph. PÉTEL, art. précité, n°29, p.146.

du traitement préférentiel⁶⁷⁶. En outre, les créances alimentaires nées antérieurement au jugement d'ouverture ne sont pas encadrées par l'interdiction de paiement réservée aux créances antérieures.

En tout état de cause, les créanciers alimentaires sont, depuis 2003, désintéressés par le débiteur pendant la procédure collective, mais sur les revenus dont il a conservé la libre disposition, c'est-à-dire les revenus non soumis au dessaisissement partiel ou total. Dans cette mesure, la créance alimentaire peut être recouvrée par voie de procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires.

447. L'AUPC, quant à lui, n'a pas expressément prévu le sort des créances alimentaires, dans ses dispositions. En outre, les juges africains n'ont pas décidé du sort réservé aux créanciers alimentaires du débiteur sous procédure collective. Dès lors que l'importance des créances d'aliments est intrinsèquement liée à leur caractère humanitaire, il serait loisible d'assimiler les créances alimentaires dues par le débiteur sous procédure collective à des créances d'aliments de droit commun. De ce fait, les créances d'aliments de droit commun sont régies par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE) dans ses articles 213 à 217. Les dispositions de l'Acte Uniforme précité créent une procédure simplifiée de recouvrement propre aux créances d'aliments. De ce fait, l'application du régime juridique des créances alimentaires doit être précisée.

B- L'application du régime des créances alimentaires

448. L'application du régime des créances alimentaires se fait différemment en droit français (1) et en droit de l'OHADA (2).

1) En droit français

449. En droit français, le régime appliqué aux créances alimentaires dépend de la loi applicable. En effet, leur sort diffère selon que la loi de sauvegarde des entreprises non réformée ou les dispositions issues de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises trouvent application.

⁶⁷⁶ Com.15 novembre 2005, n° 04-17.112.

a- Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises non réformée

450. Le législateur français a pris en compte, lors de la promulgation de la loi de sauvegarde des entreprises, la jurisprudence intervenue à partir de 2003 concernant les créances d'aliments.

En effet, l'article L622-7 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde indiquait que : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des paiements par compensation de créances connexes. Il emporte également de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture non mentionnée au I de l'article L622-17, à l'exception (...) des créances alimentaires* »⁶⁷⁷.

L'ambiguïté de la rédaction de la disposition conduisait généralement, les praticiens à payer, lors de la procédure collective, la seule créance alimentaire postérieure au jugement d'ouverture⁶⁷⁸. Par conséquent, l'obligation de déclaration exigée pour les créances postérieures non bénéficiaires du traitement préférentiel a justifié la mise à l'écart de la possibilité de déclarer les créances postérieures d'aliments considérées inutiles à la procédure, conformément à l'article L622-24 du Code de commerce.

Aucune disposition de la loi de sauvegarde ne s'est penchée sur le sort des créances alimentaires antérieures. D'ailleurs, les règles de l'interdiction des poursuites et du paiement des créances antérieures ou non privilégiées n'ont pas fait l'objet de clarification en matière de créances alimentaires⁶⁷⁹. Les imprécisions terminologiques contenues dans la loi de sauvegarde ont conduit à une divergence d'interprétation de l'article L622-7 du Code de commerce. Ainsi, à la lecture du texte, il est possible de conclure que la créance d'aliments postérieure au jugement d'ouverture ne peut faire l'objet que d'un paiement spontané. Il n'est cependant pas précisé, comme sous la jurisprudence de 2003, si ce paiement se fera sur les fonds dont le débiteur conserve la libre disposition.

⁶⁷⁷ Art. applicable en redressement judiciaire (C.com., art. L631-14) et en liquidation judiciaire (C.com., art. L641-3).

⁶⁷⁸ S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *La réforme des procédures collectives*, ss dir. F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, LGDJ 2006, p. 104.

⁶⁷⁹ C.com., art. L622-21, L631-14 et L641-3.

b- Depuis l'ordonnance de réforme de la loi de sauvegarde des entreprises

451. Depuis le 15 février 2009, le sort des créances d'aliments est régi par la loi de sauvegarde des entreprises, telle que modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

L'ordonnance a maintenu la possibilité de payer les créances alimentaires nées postérieurement au jugement d'ouverture. L'innovation introduite par l'ordonnance a permis d'étendre la possibilité du paiement à la créance alimentaire antérieure au jugement d'ouverture, d'où plusieurs conséquences.

452. Ces conséquences concernent l'éviction de la déclaration au passif, le maintien du paiement spontané et le maintien du droit de poursuite individuelle.

b-1) L'éviction de la déclaration au passif

453. L'article L622-24 *in fine* du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde dispense le créancier alimentaire de l'obligation de déclaration dans ces termes excluant toute équivoque : « *Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article* ».

454. Les créances d'aliments nées antérieurement au jugement d'ouverture échappent à l'obligation de production au passif du débiteur⁶⁸⁰.

De notre point de vue, il en est de même en droit de l'OHADA. Ainsi, à la différence du droit de l'OHADA, les juges français admettent que le créancier d'aliments titulaire d'une créance antérieure puisse volontairement déclarer sa créance au passif du débiteur.

Cette déclaration volontaire soumet le créancier d'aliments aux contraintes liées aux conséquences de la déclaration des créances antérieures étant donné qu'en l'absence de déclaration, les créances nées d'une prestation compensatoire ou d'une pension alimentaire échappent à l'extinction et peuvent être payées sur les revenus dont le débiteur conserve la disposition ou bien être recouvrées par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires ; toutefois, lorsque le créancier les déclare aussi en vue de leur admission au passif de la procédure collective, les règles relatives à la procédure de déclaration et de vérification des

⁶⁸⁰ Com. 4 avril 2006, n° 04-16.672 : D. 2006, 1166, obs. A. LIENHARD ; Com. 10 mai 2005, n° 03-10.971 : Gaz. Pal. 2005, p. 3741, obs. VAUVILLÉ ; Com. 8 octobre 2003, n° 99-21682.

créances et à l'admission dans les répartitions et dividendes leur sont applicables, sans pour autant que la non-admission à ce passif affecte les droits du créancier d'aliments⁶⁸¹. Par ailleurs, le créancier antérieur d'aliments, qui a préalablement déclaré sa créance au passif et qui a été informé de l'existence d'une contestation, a l'obligation d'y répondre dans les délais légaux afin de prétendre à un paiement dans le cadre de la procédure collective⁶⁸².

Cependant, la Cour de cassation avait considéré, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises non modifiée, que lorsque le créancier alimentaire antérieur bien que dispensé, déclare sa créance au passif, il doit se soumettre aux règles de vérification et d'admission des créances, donc à la discipline collective⁶⁸³. Ces considérations n'ont pas été prises en compte par les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008. La jurisprudence actuelle ne les a pas, non plus, rendues inopérantes.

b-2) Le maintien du paiement spontané

455. L'article L622-7-I du Code de commerce tel que modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit que : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires* »⁶⁸⁴. Il résulte de cette disposition que les créances alimentaires nées antérieurement et postérieurement au jugement d'ouverture, à la charge du débiteur, sont payées en cours de procédure.

456. L'ordonnance du 18 décembre 2008 ne précise pas si les créances alimentaires pourront continuer à être payées sur les fonds dont le débiteur a conservé la libre disposition, surtout que le débiteur a le droit de librement payer ces créances.

⁶⁸¹ Com. 13 juin 2006, n°05-17.081; Bull. Civ. 2006, IV, n°141; Gaz. proc. coll. 4/2006, p. 26, n° 2, note P.-M. LE CORRE ; D. 2006, act. jurispr., p. 1681, obs. A. LIENHARD et jurispr. p. 1969, note C. VINCENT ; D. 2007, p. 45, obs. P.-M. LE CORRE ; RTD com. 2006, p. 662, n° 3, obs. A. MARTIN-SERF ; RTD civ. 4/2006, p. 747, n° 19, note J. HAUSER ; Defrénois 24/2006, chron. 38507, p. 1914, n° 6, note D. GIBIRILA ; Dr. et proc. 2006/6, p. 328, note P.-M. LE CORRE.

⁶⁸² Loc. cit.

⁶⁸³ Com., 13 juin 2006, n° 05-17.081

⁶⁸⁴ Art. applicable en redressement en vertu de l'art. L631-14 C.com. et en liquidation en vertu de l'art. L641-3 C.com.

En tout état de cause, la situation des créanciers d'aliments ne doit pas être assimilée à celle des créanciers de l'article L622-17 du Code de commerce, c'est-à-dire que même si elles sont nées postérieurement au jugement d'ouverture, elles ne pourront bénéficier du traitement préférentiel. De ce fait, à défaut d'avoir été payé librement, le créancier d'aliments ne peut bénéficier du paiement par privilège, puisque le privilège est réservé aux créanciers postérieurs dont la créance est utile à la procédure collective. Néanmoins, le paiement de la créance alimentaire sur les revenus dont le débiteur a conservé la libre disposition reste possible, mais la question du maintien de la restriction relative à l'exigence de libre disposition des fonds par le débiteur se pose. En effet, le créancier alimentaire peut-il être payé sur tous les fonds disponibles dans la procédure ?

Une réponse claire n'a pas été apportée à ce questionnement. Cependant, il est évident qu'aucune disposition de la loi de sauvegarde des entreprises réformée n'interdit cette possibilité⁶⁸⁵. En outre, le défaut d'assimilation de la créance d'aliments aux créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel lui permet d'échapper à l'obligation d'informer l'organe de la procédure de son existence et à l'obligation de déclaration au passif.

b-3) Le maintien du droit de poursuite individuelle

457. La question du maintien du droit de poursuite individuelle se pose, lorsque la créance n'a pas été spontanément payée et que le créancier décide de participer aux répartitions.

b-3-1) L'absence de paiement spontané

458. Le non-paiement spontané de la créance alimentaire par le débiteur renvoie à la question de la possibilité pour le créancier d'aliment de le poursuivre en paiement de sa créance.

L'ordonnance de 2008 n'a pas apporté d'éclaircissements sur le maintien du droit de poursuite individuelle du créancier alimentaire non payé spontanément par le débiteur. Nous pouvons déduire du silence du législateur sur le droit de poursuite individuelle, sa volonté de confirmer ce droit par rapport à la dispense de l'obligation de déclaration et à l'autorisation de paiement dont disposent les créanciers alimentaires.

⁶⁸⁵ M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droits des créanciers d'aliments*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2009, comm. 57.

Pour une réponse claire et autonome, il faut attendre que la jurisprudence tranche la question. On peut s'attendre à ce que la jurisprudence reconduise la solution dégagée sous l'empire de la législation antérieure et propose que le créancier alimentaire puisse être payé sur les fonds dont le débiteur a conservé la libre disposition⁶⁸⁶. Alors que d'aucuns pensent que le créancier d'aliment peut se faire payer sur tous les biens du débiteur⁶⁸⁷.

Pour le moment, ce sont les décisions de la Cour de cassation du 8 octobre 2003 qui s'intéressent à la situation de non paiement spontané de la créance d'aliments détenue sur un débiteur en difficulté. Ainsi, l'un des arrêts du 8 octobre 2003 affirme que « *la créance d'aliments qui est une dette personnelle au débiteur soumis à la procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou du recouvrement public des pensions alimentaires* ».

Il en découle deux voies de recouvrement de droit commun de la créance d'aliments non payée spontanément, à savoir le recouvrement par la procédure de paiement direct ou le recouvrement public des pensions alimentaires.

Le recouvrement de la créance d'aliments par la procédure de paiement direct a été prévu par l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1973 permettant « *à tout créancier d'une pension alimentaire de se faire payer par des tiers débiteurs envers le débiteur de la pension. Par son article 2, la loi lui confère une primauté en disposant que la demande vaut par préférence aux autres créanciers. Par ailleurs, l'action directe est recevable bien que le débiteur soit soumis à une procédure collective* »⁶⁸⁸.

Quant au recouvrement public des pensions alimentaires, il a été prévu par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1975 prévoyant que toute créance alimentaire « *dont le recouvrement n'a pu être obtenu par une des voies du droit privé, peut être recouvrée pour le compte du créancier par les comptables du Trésor Public* ». Le recouvrement public est mis en œuvre en cas d'échec de la première procédure de recouvrement à

⁶⁸⁶ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°714-96, p.2083 ; Ph. PETEL, op. cit., n°163 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, art. précité, n°57, p.48 ; P. CAGNOLI, *L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives ?*, LPA 24 juin 2010, n°125, p.37.

⁶⁸⁷ F. PEROCHON, op. cit., n°594, p.300.

⁶⁸⁸ R. CHENDEB, *Les créances alimentaires et les procédures collectives*, Rev. proc. coll. n° 4, Juillet 2009, étude 21.

savoir le recouvrement direct. En ce sens, le comptable du Trésor recouvre la créance d'aliments à la place du créancier, avec les mêmes procédures que celle du recouvrement des impôts.

b-3-2) La participation aux répartitions

459. La question de la possibilité pour le créancier alimentaire de participer aux répartitions, lorsque sa créance n'a pas été payée spontanément par le débiteur en cours de procédure, se pose. On peut penser que, dès lors que le créancier alimentaire est dispensé de déclarer sa créance au passif et que le paiement de sa créance n'est pas interdit, il ne peut pas s'attendre à être payé dans le cadre des répartitions. Cette idée explique d'ailleurs l'absence de prise en compte des créances alimentaires dans le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁶⁸⁹.

Cependant, pour prétendre à un paiement conformément aux répartitions et essayer d'échapper au non-paiement spontané, il ne reste au créancier alimentaire que la possibilité de passer outre la dispense dont il bénéficie et pour cela déclarer sa créance alimentaire au passif de la procédure collective.

La Cour de cassation a reconnu cette possibilité au créancier alimentaire dans un arrêt retentissant du 13 juin 2006 dans lequel les juges avaient décidé que : « *Lorsque le créancier les (les créances alimentaires) déclare aussi en vue de leur admission au passif de la procédure collective, les règles relatives à la procédure de déclaration et de vérification des créances et à l'admission dans les répartitions et dividendes leur sont applicables, sans pour autant que la non-admission à ce passif affecte ses droits de créancier d'aliments* »⁶⁹⁰. Il découle de cet arrêt que le créancier d'aliments, dans certains cas, a tout intérêt à déclarer sa créance au passif bien que la loi l'en dispense expressément. Cette déclaration lui permettrait d'obtenir le droit de participer aux répartitions. Cependant que restera-t-il de son droit au paiement spontané lorsque le créancier aura décidé de déclarer sa créance au passif ?

Il est clair que son droit à être payé spontanément ne peut pas être effacé par les effets de la déclaration volontaire et facultative au passif⁶⁹¹. En outre, il peut s'agir là d'une solution de secours pour le créancier alimentaire resté impayé au cours de la procédure

⁶⁸⁹ F. PÉROCHON, op. cit., n°593, p.300.

⁶⁹⁰ Com.13 juin 2006, n° 05-17081.

⁶⁹¹ A. JACQUEMONT, op. cit., n° 431 *in fine*.

collective. Ainsi, pour un auteur, rien n'interdit au créancier d'aliment de déclarer sa créance, antérieure comme postérieure, au passif. Cela le soumettra indubitablement aux règles de la discipline collective et l'autorisera alors à participer aux répartitions liquidatives ou au paiement des dividendes du plan⁶⁹².

Cependant, les juges ont retenu que : « *La décision irrévocable d'admission d'une créance au passif ayant autorité de chose jugée quant à la date de naissance de la créance déclarée en application de l'article L621-43 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, son antériorité par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective ne peut plus être contestée* »⁶⁹³.

En procédant à un raisonnement par analogie entre cet arrêt et la condition des créanciers d'aliment, on se rend compte qu'en l'espèce la créance de l'article 40 volontairement déclarée et admise au passif du débiteur étant couverte par l'autorité de chose jugée, le créancier ne peut plus arguer du bénéfice de l'article 40 et de son régime de faveur. Par conséquent, on peut penser que le créancier d'aliment qui a délibérément déclaré sa créance au passif du débiteur ne peut plus rebrousser chemin et demander à bénéficier du régime souple destiné aux créances d'aliment.

Cependant, un autre auteur précise qu'il n'y a pas de contradiction à ce que le créancier soit un créancier de la procédure collective et conserve la possibilité de se faire payer sur les biens dont le débiteur a conservé la libre disposition car ces derniers sont de toutes manières insaisissables⁶⁹⁴. Par conséquent, la question subsidiaire consiste à déterminer le rang auquel le créancier alimentaire pourrait prétendre dans le cadre des répartitions. Pour y répondre et en l'absence d'attribution d'un rang spécifique au créancier d'aliments, il serait judicieux de considérer que son rang est le même que celui d'un créancier chirographaire antérieur ou postérieur non privilégié⁶⁹⁵.

⁶⁹² P.-M. LE CORRE, op. cit., n°714-96, p.2085.

⁶⁹³ Com. 3 mai 2011, n°10-18031, publié au bulletin.

⁶⁹⁴ P. CAGNOLI, art. précité, n°125, p.40.

⁶⁹⁵ V. infra, n°772 et s.

2) En droit de l'OHADA

460. Le sort des créances d'aliments en droit de l'OHADA soulève deux questions, à savoir la question de la procédure simplifiée de recouvrement des créances d'aliments et celle du privilège couvrant les subsides fournis au débiteur.

a- La procédure simplifiée de recouvrement des créances d'aliments

461. En marge du droit des procédures collectives d'apurement du passif, l'AUPSRVE prévoit que : « (...) *les créanciers d'aliments peuvent, en vertu d'un titre exécutoire, pratiquer une saisie simplifiée sur la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments sur des fonds publics ou particuliers* »⁶⁹⁶. Il s'agit là d'une procédure de paiement direct semblable au paiement direct retenu par la loi française du 2 janvier 1973 qui est dépourvue de tout formalisme et qui ne peut porter que sur les sommes saisissables.

En effet, les articles 213 à 217 de l'AUPSRVE introduisent la notification de la procédure simplifiée de recouvrement du créancier au tiers saisi qui doit directement verser au saisissant, contre quittance, le montant de la créance alimentaire. En situation de procédures collectives et lorsqu'il a la qualité de tiers saisi, c'est le syndic qui sera saisi aux fins du versement de la créance alimentaire au bénéficiaire.

S'agissant toujours des créanciers d'aliments, l'alinéa 2 de l'article 213 de l'AUPSRVE prévoit que « *leur créance est préférée à toutes autres quel que soit le privilège dont ces dernières peuvent être assorties* ». Cette disposition permet aux créanciers d'aliments d'obtenir une cause de préférence sur la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments⁶⁹⁷.

b- Le privilège des subsides fournis au débiteur

462. Concernant le débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, c'est l'article 180, 2° de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS) qui prévoit que les fournitures de subsistances faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective sont couvertes d'un privilège général sans publicité.

⁶⁹⁶ Art. 213 al. 1^{er} AUPSRVE.

⁶⁹⁷ B. MARTOR et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Lexis-Nexis, p.243.

En effet, l'AUS crée un privilège général sans publicité au créancier ayant nourri et entretenu le débiteur durant l'année qui a précédé l'ouverture de la procédure collective⁶⁹⁸. Par ailleurs, un auteur précise que le privilège sans publicité ne peut être accordé aux créances ayant un caractère de luxe, donc dépassant le cadre de la nature humanitaire de la créance⁶⁹⁹.

Toutefois, ce privilège est expressément limité dans le temps, puisqu'il concerne uniquement les créances d'aliments antérieures au jugement d'ouverture et dans la limite d'une année.

Paragraphe 2 : Les créances de la vie courante

463. Le domaine des créances de la vie courante doit être déterminé (A) avant de s'attarder sur leur régime (B).

A- Le domaine des créances de la vie courante

464. Les créances de la vie courante du débiteur sont reconnues par le droit français (2) alors que le droit de l'OHADA ne les prend pas expressément en considération (1).

1) Le silence du législateur de l'OHADA

465. L'AUPC n'a pas expressément prévu le sort des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur. De ce fait, quel sera le sort des créances nées de la vie privée du débiteur personne physique ?

L'AUPC n'établit de distinction étanche entre les créances nées de l'activité professionnelle du débiteur et les créances nées de sa vie privée. En ce sens, puisque la catégorie des créances de la vie courante est liée au débiteur personne physique conformément à la loi de sauvegarde des entreprises, il faut comprendre que l'AUPC les assimile aux créances de la masse bénéficiaires du traitement de faveur, mais nous pensons que les dépenses luxueuses dépassant par exemple le cadre de l'entretien et l'éducation des enfants ne doivent pas bénéficier du traitement de faveur dévolu aux créances contre la masse.

⁶⁹⁸ V. infra, n°768 et s.

⁶⁹⁹ F.M. SAWADOGO note sous article 180 AUPC, code vert, Juriscope.

2) La reconnaissance du législateur français

466. Sont des créances nées pour les besoins de la vie courante, toutes les créances liées à la vie privée du débiteur personne physique, puisqu'elles n'ont aucun lien avec la gestion de son activité professionnelle. Entre autres, on peut citer les loyers de la résidence familiale du débiteur et les frais liés à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Cette distinction établie par le droit français entre les créances nées de l'activité professionnelle du débiteur et les créances nées de sa vie privée permet de moraliser les procédures collectives afin de pas faire supporter à la collectivité des créanciers, les dépenses personnelles du débiteur pouvant parfois avoir un caractère luxueux.

B- Le régime des créances de la vie courante

467. Le régime des créances de la vie courante n'a pas été le même sous l'empire de la loi de sauvegarde originale (1) et depuis l'ordonnance de réforme (2).

1) Avant la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises

468. Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, le législateur a voulu permettre le paiement des dettes relatives à la vie courante du débiteur car l'interdiction de paiement est écartée pour des raisons humanitaires liées à la vie privée du débiteur.

Conformément à l'exigence du respect du principe lié aux critères téléologiques issus de la loi de sauvegarde, les créances de la vie courante n'ayant aucun rapport avec les besoins de la procédure, de la période d'observation ou qui ne sont pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle, ne peuvent bénéficier du traitement préférentiel. De ce fait, le créancier titulaire d'une créance née pour les besoins de la vie courante du débiteur ne peut, en l'absence d'un paiement à l'échéance, bénéficier de la règle de paiement par privilège dévolue aux créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel.

Par ailleurs, le législateur n'a pas prévu un rang de classement de la créance née pour les besoins de la vie courante du débiteur. Cependant, cette dernière ne doit pas primer les créanciers antérieurs tout en n'étant pas primée par eux. Elle n'est pas, non plus, inopposable à la procédure collective. Pour un auteur, cette créance doit être considérée

comme un créancier ordinaire chirographaire au même titre que les créanciers chirographaires antérieurs⁷⁰⁰.

C'est l'article L622-7-I du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises, qui règle la situation des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur⁷⁰¹. En effet, même lorsque la créance née pour les besoins de la vie courante naît régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure, elle ne peut bénéficier du traitement préférentiel. Par ailleurs, la créance liée aux besoins de la vie courante est également exclue du régime des créances postérieures non privilégiées, même si elle n'est pas non plus utile à la procédure collective. En outre, le régime rigoureux des créances postérieures non privilégiées n'est pas applicable aux créances nées pour les besoins de la vie courante, car c'est un régime beaucoup plus favorable qui leur est applicable⁷⁰². Même si les créances de la vie courante peuvent être payées pendant la procédure, les créanciers ne sont pas autorisés à en poursuivre le recouvrement⁷⁰³. Nonobstant le fait que le contraire a été retenu, cela n'interdit pas la déclaration au passif de la créance née pour les besoins de la vie courante⁷⁰⁴. Même lorsque la fourniture au débiteur de prestations liées aux besoins de la vie courante n'est pas interdite, il est interdit de lui faire crédit⁷⁰⁵.

2) Depuis l'ordonnance réformant la loi de sauvegarde des entreprises

469. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a apporté des modifications sur le sort des créances de la vie courante tout en conservant intacte la question du maintien de leur paiement.

a- Les modifications apportées sur le sort des créances de la vie courante

470. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a modifié la loi de sauvegarde et par conséquent la catégorie des créances de la vie courante n'est plus visée par les

⁷⁰⁰ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°454.21, p.772.

⁷⁰¹ C.com., art. L622-7 : « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L622-17 ».

⁷⁰² F. PÉROCHON, op. cit., n°608, p.307 ; A. LIENHARD, op. cit., p. 475 et s., spéc. p. 489 ; P.-M. LE CORRE, op. cit., n° 454-21.

⁷⁰³ Ph. PETEL, *Les créanciers postérieurs*, Rev. Proc. Coll. 2006/2, n°27, p.146.

⁷⁰⁴ J. VALLANSAN, Jurisclasseur commercial, fasc. 2352, *Déclaration et admission des créances*, éd. 2007, n°69.

⁷⁰⁵ Ph. PETEL, op. cit., p.146, n°27 ; P. LE CANNU, op. cit., 7^e éd., n°824 ; Ph. ROUSSEL GALLE, op. cit., 2^e éd., n°504.

dispositions du livre VI du Code de commerce. En effet, la catégorie des créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur a été supprimée de manière inconditionnelle par ladite ordonnance.

Cette suppression a eu pour principal effet de modifier le sort des créanciers dont la créance est née pour les besoins de la vie courante. L'objectif de l'ordonnance du 18 décembre 2008 a été, principalement, de simplifier le régime des créances nées après l'ouverture de la procédure collective et par conséquent, de réduire la diversité des règles applicables⁷⁰⁶.

Le sort des créances de la vie courante est désormais rattaché à celui de la catégorie des créances postérieures. De ce fait, la détermination du sort des créances nées pour les besoins de la vie courante est directement concernée par la suppression de l'obligation de rattacher la naissance des créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel à l'activité professionnelle du débiteur, par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui retient spécifiquement les créances qui sont la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

Ainsi, cette modification importante permet aux créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur de bénéficier des avantages conférés par la loi aux créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel⁷⁰⁷. En tout état de cause, il faut préciser que l'immense majorité des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique naissent en contrepartie d'une prestation fournie à ce dernier.

Désormais, le principal critère de sélection exigé aux créances de la vie courante, pour qu'elles puissent bénéficier du traitement de faveur des créances postérieures privilégiées, est le critère de la régularité, puisque le critère d'utilité a été, quelque peu, supprimé par l'ordonnance de 2008⁷⁰⁸. L'exception à l'interdiction du paiement des créances postérieures nées pour les besoins de la vie courante du débiteur et non bénéficiaires du traitement préférentiel a été supprimée par l'ordonnance.

⁷⁰⁶ Loi d'habilitation n° 2008-776, 4 août 2008, art. 74 I, 8°.

⁷⁰⁷ A. LIENHARD, *Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008* : D. 2009, p. 110, spéc. p. 113.

⁷⁰⁸ P.-M. LE CORRE, op. cit., n° 453-23 ; Ph. PÉTEL, art. précité, n° 20 ; 26.

b- La question du maintien du paiement de la créance de la vie courante

471. La question qui se pose actuellement est de savoir si ces créances seront quand même payées ?

Selon le rapport sur l'ordonnance, la réponse est affirmative lorsque la créance postérieure au jugement d'ouverture est la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, dans ce cas, la créance sera payée⁷⁰⁹. En effet, l'ordonnance de 2008 a supprimé, à l'article L622-17 du Code de commerce, la précision liée à l'activité professionnelle du débiteur. Ainsi, toute créance née pour les besoins de la vie courante en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation ou pendant la poursuite provisoire de l'activité autorisée en liquidation judiciaire pourra être payée.

La créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour des besoins n'ayant aucun lien avec son activité professionnelle peut, dorénavant, bénéficier du traitement préférentiel. Néanmoins, le créancier n'est plus tenu de déclarer sa créance au passif. En outre, le créancier peut se fonder sur le non-paiement de la créance pour demander une résiliation ou une résolution du contrat pour défaut de paiement conformément à l'article L622-21-I, 2° du Code de commerce.

Cependant, une partie de la doctrine répond par la négative lorsque la créance née postérieurement pour les besoins de la vie courante n'est pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, elle ne pourra logiquement pas être payée pendant la procédure collective⁷¹⁰. Il en ressort, le maintien du principe d'interdiction du paiement des créances postérieures non méritantes comme la taxe d'habitation par exemple. L'ordonnance a permis d'éclaircir la situation des créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur.

Sous l'empire de la loi de sauvegarde non réformée, le créancier postérieur dont la créance est née pour les besoins de la vie courante du débiteur obtenait le paiement de sa créance bien qu'il ne bénéficiât pas d'une action en justice pour obtenir le paiement non intervenu spontanément. Il lui appartenait également de déclarer sa créance dans le délai de deux mois de son exigibilité. De nos jours, la créance née pour les besoins de la

⁷⁰⁹ Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre, Titre I, chap. II-5, article 29.

⁷¹⁰ F. PEROCHON, art. précité, n°34, p.61.

vie courante du débiteur ne peut plus être payée spontanément, elle devra être déclarée au passif et ne peut pas non plus introduire une action en justice ; sauf lorsque la créance née pour les besoins de la vie courante l'est aussi en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Cette créance sera traitée conformément au régime de faveur dévolu aux créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel.

CONCLUSION DU TITRE II

472. Le titre II a été l'occasion de souligner l'insuffisance des critères classiques de naissance des créances postérieures. De ce fait, le droit français y ajoute un critère de finalité de la créance qui ne se retrouve que de manière implicite dans les dispositions de l'AUPC. Ces critères de la finalité de la créance se dédoublent en des critères des besoins de la procédure collective et en des critères de l'activité économique du débiteur.

473. Le triple critère de naissance cumulativement applicable a pour conséquences, outre de faire naître des créances postérieures titulaires du traitement de faveur, d'agir sur les certaines créances de la procédure collective, mettant en exergue la catégorie des créances exclues de la procédure collective parce que non méritantes ou irrégulières et la catégorie des créances indifférentes à la procédure collective parce que propres à la vie privée de la personne physique, c'est-à-dire des dettes personnelles.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

474. La première partie réservée à la détermination du périmètre de la créance postérieure en droit français et en droit de l'OHADA, a eu pour but essentiel de cerner à proprement parler le contour de la créance postérieure. Ainsi, la détermination du périmètre de la créance postérieure, aussi bien en France que dans l'espace de l'OHADA, est sujette au respect d'un certain nombre de critères classiques.

475. En premier lieu, il s'agit du critère de la chronologie qui exige que la créance soit née après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Ainsi, cette exigence est limitée à la détermination du fait générateur de la créance qui se fait par une étude au cas par cas dans la jurisprudence française.

476. Ensuite, la naissance postérieure au jugement d'ouverture doit avoir été régulière, d'où le critère de la régularité qui conditionne la naissance de la créance postérieure au respect, d'une part, des règles de la continuation des contrats en cours et d'autre part, des règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure collective compétents.

477. Enfin s'ajoute un troisième critère dit de l'utilité. Le critère de l'utilité est un critère additif et relativement récent. Il s'agit des critères téléologiques explicitement prévus par la loi de sauvegarde des entreprises et modifiés par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, le traitement préférentiel n'est attribué qu'aux créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou de la poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pendant cette période.

Aucun critère d'utilité n'est expressément prévu par l'AUPC. Néanmoins, de la lecture des dispositions de l'AUPC en matière de créance de la masse apparaît le critère du profit à la masse qui permet d'instaurer, de manière indirecte, une sélection entre les créances postérieures selon qu'elles ont ou non profité à la masse des créanciers.

478. Les différents critères de détermination de la créance postérieure influent directement sur le sort réservé par la suite à la créance, mettant ainsi en place de nouvelles catégories de créance. Il s'agit, d'une part, des créances exclues parce qu'inopposables à la procédure collective ; et d'autre part, des créances indifférentes

parce que non exclusivement régies par l'effet de la procédure collective. Une fois le domaine de la créance postérieure déterminé, son régime juridique reste à rechercher. En d'autres termes, comment les créances postérieures seront traitées par le droit des procédures collectives ?

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA

479. Selon le vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT, le régime juridique est constitué de l'ensemble des règles de droit auxquelles est soumis un acte ou un bien. En effet, pour qu'un régime juridique s'applique, ses conditions d'application doivent avoir été scrupuleusement respectées.

480. En ce sens, l'application du régime juridique est sujette à un procédé de qualification juridique préalable. La qualification juridique est l'opération qui consiste à attribuer une qualité juridique à une chose, une personne, une activité. Il s'agit, pour le juriste, de passer d'un élément de pur fait à une catégorie juridique, au moyen de critères juridiques. Pour cela, la qualification juridique indique naturellement le régime de droit applicable.

481. En France, le régime juridique applicable aux créances postérieures n'a pas toujours été identique dans le temps, puisque des lois successives l'ont modifié. La loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes n'attribuait aucun régime spécifique aux créances postérieures étant donné que le paiement de ces créances se faisait au *marc le franc*, après le paiement prioritaire de certaines créances parmi lesquelles les créances privilégiées⁷¹¹. Pour qu'un régime juridique propre soit attribué aux créances postérieures, il a fallu attendre l'article 40 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui prévoyait que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance. Cette disposition a été modifiée par la loi du n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises qui disposait que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance, lorsque l'activité est poursuivie, en cas de cession totale, en cas de liquidation judiciaire et lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le superprivilège des salaires. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a, quant à elle, confirmé, dans l'article L622-17 du Code de commerce, le paiement à l'échéance des créances postérieures. En outre, elle a ajouté qu'à défaut de paiement à l'échéance, le paiement de ces créances se

⁷¹¹ L'art. 89 al. 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 prévoyait que : « *Le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation des biens, des secours qui auraient été accordés au débiteur ou à sa famille, et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est reparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées et admises* ».

fera par privilège. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a quelque peu clarifié la rédaction de l'article L622-17 du Code de commerce.

Dans la plupart des pays africains francophones actuellement membres de l'OHADA, c'est la loi du 4 mars 1889 portant modification de la loi sur les faillites, rendue applicable en outre mer, donc également en Afrique francophone coloniale, par le décret du 9 juillet 1890, qui a été longtemps applicable. Cette disposition législative n'octroyait aucun régime juridique particulier aux créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. C'est l'entrée en vigueur de l'AUPC qui a permis de changer la situation. En effet, bien que l'AUPC se soit inspiré de la loi française du 13 juillet 1967, il est allé beaucoup plus loin sur certaines questions, notamment sur la création d'un régime juridique propre aux créances contre la masse.

482. Aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA, c'est le droit moderne des procédures collectives qui attribue deux avantages principaux à la créance née régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Il s'agit d'une part, du droit du créancier postérieur d'être payé à l'échéance ⁷¹² (Titre I). Et d'autre part, lorsque le paiement à l'échéance n'a pas fonctionné et que le créancier postérieur doit participer aux répartitions dans le cadre d'un règlement global, il bénéficie d'une cause de préférence lui octroyant un rang favorable par rapport aux autres créances ⁷¹³ (Titre II).

⁷¹² Amiens, 5 mars 2009, JCP E 2009. 1877, note P.-M. LE CORRE.

⁷¹³ P. CROCQ, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés*, Dr. et patr. janvier 2005, p. 45.

TITRE I : LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE

483. L'article L622-17-I du Code de commerce, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, prévoit que : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». En liquidation judiciaire, ce sont des dispositions identiques contenues dans l'article L641-13 du Code de commerce qui s'appliquent.

En droit de l'OHADA, c'est l'article 108 de l'AUPC qui ouvre la faculté d'exiger, en redressement judiciaire et en liquidation des biens, la fourniture de la prestation promise à l'autre partie. En ce sens, les prestations fournies au débiteur après le jugement d'ouverture doivent être payées au comptant.

484. Ainsi, tout comme en droit français, la règle du paiement instantané des créances postérieures dans l'AUPC s'explique par le fait que les créances contre la masse ont, par leur nature, aidé au renflouement de l'entreprise en difficulté, puisque les créanciers postérieurs sont ceux qui ont financé la poursuite de l'activité du débiteur. En général, les créanciers postérieurs sont des banques spécialisées dans le financement des entreprises en difficulté et dont le rôle joué lors de la procédure repose sur la confiance en la personne du débiteur, qui fait appel à leur concours⁷¹⁴. De ce fait, pour assurer le paiement de leurs créances, le droit des procédures collectives a mis en place la possibilité de leur paiement, sans tenir compte des règles strictes de la procédure. Il s'agit là d'un traitement de faveur qui fait échec au principe d'égalité entre les créanciers d'une procédure collective.

485. Pour mesurer le caractère exceptionnel de la faveur accordée aux créances postérieures par le droit des entreprises en difficulté, nous devons commencer par exposer la règle principale du paiement à l'échéance des créances postérieures (Chapitre I), avant de nous pencher sur la mise en œuvre de ladite règle (Chapitre II).

⁷¹⁴ P.-M. LE CORRE, *Le paiement du créancier postérieur méritant confronté au superprivilège des salaires, en cas de vente d'un bien grevé de sûreté en période d'observation*, JCP E n° 38, 17 Septembre 2009, 1877.

CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE

486. L'importance de la règle du paiement à l'échéance découle du fait qu'un financement de la poursuite de l'activité en période d'observation est nécessaire, voire indispensable à la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi. Bien que les dispositions de l'AUPC ne comprennent pas de période d'observation, il n'en demeure pas moins que le financement de l'activité est nécessaire lors de sa continuation en redressement judiciaire et de son maintien en liquidation des biens. Ainsi, selon l'expression d'un auteur, « *les créanciers méritants participent à une élection à deux tours* » : la prérogative du paiement à l'échéance est le premier tour (le principe) et le paiement par préférence, le deuxième tour (la règle subsidiaire)⁷¹⁵.

487. Au regard de ce qui précède, l'exposé de la règle principale du paiement à l'échéance permet de déterminer les conditions d'application de ladite règle. En d'autres termes, cette étude permet de répondre aux questions de savoir ce que le législateur entend par paiement à l'échéance des créances postérieures et à quel moment ce paiement aura lieu. Ainsi, il s'agit de déterminer, d'une part, la nature du paiement des créances postérieures (Section 1) et d'autre part, de rechercher le moment du paiement des créances postérieures (Section 2).

⁷¹⁵ P.-M LE CORRE, *Atelier n°1 : nature et régime des créances postérieures*, LPA, 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

Section 1 : La nature du paiement à l'échéance des créances postérieures

488. Deux questions sous-tendent la détermination de la nature du paiement à l'échéance. Dans un premier temps, il s'agit de savoir si le paiement à l'échéance est un paiement de droit commun (Paragraphe 1). Dans un deuxième temps, il est opportun de spécifier le champ d'application du paiement des créances postérieures en cernant le contour des fonds et biens susceptibles de supporter ce paiement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le paiement des créances postérieures : un paiement de droit commun ?

489. Dans le but de savoir si le paiement des créances postérieures a la nature d'un paiement de droit commun, nous devons, d'abord, essayer de résoudre les difficultés soulevées par la nuance terminologique introduite par les législations objet de la présente étude (A), avant de nous appesantir, ensuite, sur la proposition de soumettre le paiement des créances postérieures à la notion neutre de stipulations contractuelles (B).

A- La nuance terminologique

490. L'alinéa 1^{er} de l'article 108 de l'AUPC pose le principe du paiement au comptant des prestations fournies au débiteur après le jugement d'ouverture. L'article L622-17-I du Code de commerce quand à lui, concerne le principe du paiement à l'échéance des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. Il apparaît à la lecture de ces dispositions, une différence des termes utilisés par les deux législations.

Cette différence terminologique réaffirme la distinction entre le paiement au comptant et le paiement à l'échéance. En effet, le paiement à l'échéance suppose que les créances dont il s'agit proviennent d'un contrat à exécution successive, par exemple les loyers payables trimestriellement à terme échu.

En revanche, l'affirmation selon laquelle, s'agissant d'une somme d'argent, le paiement doit se faire au comptant, doit être nuancée en présence d'une créance née d'un contrat dit à exécution successive, tel le bail. En effet, les loyers du bail, par exemple, naissent au fur et à mesure de l'exécution du contrat. De ce fait, un paiement au comptant ne saurait être possible dans la mesure où chacune des créances de loyer a une date d'exigibilité différente, à l'arrivée de laquelle le paiement est dû.

491. Le droit français a clairement admis la complémentarité des deux modes de paiement dans le sens où la règle du paiement à l'échéance s'applique aisément aux contrats conclus après le jugement d'ouverture de la procédure collective. En effet, le paiement à l'échéance permet de prendre en compte le moment de la naissance de l'obligation, afin d'éviter le paiement d'une obligation qui n'est pas encore née. C'est le cas du contrat de location dont les créances de loyer naissent successivement et ne sont payées que conformément à la date de l'exigibilité de chaque créance de loyer.

Cependant, lorsqu'un contrat en cours a été continué par l'administrateur judiciaire, l'article L622-13 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que le paiement doit se faire au comptant, lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent. De ce fait, la solution retenue par la jurisprudence antérieure reste applicable dans la mesure où la créance est postérieure pour la fraction de la prestation afférente à la période postérieure y compris les créances entre le jugement d'ouverture et l'option de l'administrateur⁷¹⁶. Donc, lorsqu'un contrat à exécution successive a été continué, l'administrateur judiciaire n'est débiteur que des redevances échues ou à échoir postérieurement au jugement d'ouverture, mais lorsque le contrat a été stipulé à terme échu, l'administrateur doit payer l'intégralité de l'échéance bien que le redressement judiciaire ait pu intervenir au cours de la période afférente à cette échéance⁷¹⁷.

492. Force est de constater que contrairement au droit français, l'AUPC a fait le choix exprès de la notion de paiement au comptant sans faire la distinction, de manière claire, selon que le contrat est à exécution instantanée ou successive. Cependant, en pratique, nous pensons que cette lacune du droit de l'OHADA pourrait facilement être dissipée dans la mesure où un contrat à exécution successive ne peut pas faire l'objet d'un paiement au comptant sans compromettre le redressement de l'entreprise. En ce sens, demander au débiteur de payer au comptant toutes les créances d'un contrat à exécution successive, revient à lui demander de payer toutes les créances échues et à échoir postérieurement au jugement d'ouverture en une seule fois, ce qui est impossible d'autant plus que le débiteur est sous le coup d'une procédure collective. Cette lacune du droit de l'OHADA s'agissant du paiement des créances postérieures se ressent également en pratique. En effet, le rapport de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de l'OHADA sur les difficultés de recouvrement des créances

⁷¹⁶ P.-M. LE CORRE, art. précité, LPA, 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

⁷¹⁷ Com. 28 mai 2002 n° 99-12.275, n° 1042 FS-P.

a permis de souligner que la règle du paiement à l'échéance, par le syndic, des loyers d'un crédit-bail échus après le jugement d'ouverture est encore ignorée par les tribunaux du Burkina-Faso⁷¹⁸. Cette ignorance a pour conséquences de causer un grand préjudice aux établissements de crédit-bail.

Néanmoins, de notre point de vue, en pratique, la situation des créances issues d'un contrat à exécution successive peut être soumise à la complémentarité prévue par le droit français des procédures collectives. De ce fait, lorsque le contrat à exécution successive a été continué ou conclu après le jugement d'ouverture, il sera demandé au débiteur de payer la créance à l'échéance. En revanche, lorsque les obligations qui naissent du contrat sont instantanées, c'est la règle du paiement au comptant qui doit trouver application, il en est ainsi, par exemple en matière de contrat de vente.

En tout état de cause, nous pensons que le législateur de l'OHADA pourrait, d'une part, prendre à son compte la précision introduite par la législation française concernant la complémentarité entre le paiement au comptant et le paiement à l'échéance. Et d'autre part, la formation des magistrats de l'espace de l'OHADA, sous l'égide de l'ERSUMA, sur la question du paiement des créances à exécution successive nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective, nous semble indispensable. Afin d'éviter tout malentendu ou toute confusion, la doctrine française a tenté d'introduire une nouvelle notion, reconnue neutre, applicable au paiement des créances postérieures.

B- La notion de paiement conforme aux stipulations contractuelles

493. L'article 15 du projet d'ordonnance de réforme de la loi de sauvegarde des entreprises avait prévu de préciser que, lorsque les contrats sont poursuivis pendant la période d'observation, les paiements ne se font plus au comptant mais « *conformément aux stipulations contractuelles* ».

494. Cependant, l'ordonnance du 18 décembre 2008 n'a pas *in fine* retenu cette proposition de clarification des conditions du paiement des créances postérieures dans la mesure où l'ordonnance de réforme n'a pas voulu maintenir les délais fournisseurs, en obligeant au débiteur le paiement au comptant du prix de ses fournitures⁷¹⁹. Nous

⁷¹⁸ M. SAMB et alii, *Rapport final, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace OHADA : cas du Benin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal*, CREDERSUMA, juillet 2012, p.45.

⁷¹⁹ En comptabilité, le délai fournisseurs correspond au délai moyen de règlement des fournisseurs, en tenant compte des délais qu'ils vous accordent. Il est toujours exprimé en nombre de jours.

pensons que cette proposition aurait pu être maintenue dans la mesure où le paiement à l'échéance des créances postérieures est indépendant du privilège de paiement. Cela permet de circonscrire l'effet du maintien des délais fournisseurs, puisqu'en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, avec ouverture subséquente ou concomitante d'une seconde procédure, le privilège entraîne la survivance de la cause de préférence dans la seconde procédure, mais *a priori* pas la survivance de la règle du paiement à l'échéance, car les dispositions de la loi de sauvegarde des entreprises visent le jugement d'ouverture, c'est-à-dire le jugement d'ouverture de la première procédure.

495. Le remplacement de l'expression « *paiement au comptant* » par celle d'un paiement « *conformément aux stipulations contractuelles* » aurait conduit à la suppression de la confusion pouvant naître de l'usage des notions de paiement « *au comptant* » et de paiement « *à l'échéance* ». Le but de cette clarification était de répondre aux nombreuses critiques des professionnels du droit des entreprises en difficulté selon lesquelles le paiement au comptant des créances postérieures remet en cause le plan de trésorerie prévisionnel de l'entreprise, ce qui contredirait la philosophie du dispositif de sauvegarde⁷²⁰.

Cette modification terminologique pourrait, à notre sens, valablement s'appliquer en droit de l'OHADA. En effet, le paiement conformément aux stipulations contractuelles permettrait au législateur de l'OHADA, dans la prochaine réforme de l'AUPC, de clarifier les conditions de paiement des créances contre la masse d'autant plus que l'exigence du respect des modes normaux de paiement ne vaut que pendant la période suspecte. De ce fait, le paiement de la créance contre la masse se fera comme en droit commun, c'est-à-dire sans aucune exigence liée au mode de paiement utilisé⁷²¹. Toutefois, le paiement des créances postérieures conformément aux stipulations contractuelles suppose que le syndic dispose de fonds disponibles, car lorsqu'il opéra pour la continuation d'un contrat en cours, le syndic doit s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires. La situation a été d'ailleurs traitée d'une manière quasi-identique par la loi de sauvegarde des entreprises, qui empêche l'administrateur judiciaire de

⁷²⁰ Observations de la CCIP sur le projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur du droit des entreprises en difficulté, Rapport de Monsieur Didier KLING présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté au Bureau du 22 mai 2008, p.15.

⁷²¹ Art. 68, 4° AUPC: « *Sont inopposables de droit s'ils sont faits pendant la période suspecte : (...) 4° tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement* ».

continuer un contrat dont il ne pourra garantir le paiement des échéances à échoir⁷²². D'où la question de la détermination du champ d'application du paiement à l'échéance des créances postérieures.

Paragraphe 2 : Le champ d'application du paiement à l'échéance des créances postérieures

496. Lorsque les pouvoirs du débiteur ne sont pas appréhendés par l'ouverture de la procédure collective, notamment en redressement judiciaire ou en sauvegarde, il est possible que ce dernier, dans la conclusion de nouveaux contrats, ne prenne pas suffisamment de précaution quant à la naissance d'un passif postérieur que son patrimoine ne permettra pas de payer. Pour cela, la surveillance, voire l'assistance, demeure importante afin de contourner toute possibilité de faire perdurer, voire d'aggraver la situation de l'entreprise. A cette situation, il faut ajouter la crainte que tous les créanciers postérieurs n'exigent le paiement de leurs créances au même moment.

497. Néanmoins, le paiement des créances postérieures doit se faire sur les fonds disponibles, d'une part (A) et d'autre part, le créancier postérieur ne peut poursuivre le paiement de sa créance sur les biens affectés au paiement d'autres créances (B).

A- Le paiement des créances postérieures sur les fonds disponibles

498. La détermination des fonds destinés au paiement des créances postérieures (2) est oblitérée par l'indisponibilité des fonds destinés au paiement du superprivilège des salaires (1).

1) L'indisponibilité des fonds affectés au paiement du superprivilège des salaires

499. Selon le dictionnaire de droit privé, un « *superprivilège* » désigne un type particulier de privilège qui s'applique aux salaires et aux indemnités correspondant aux

⁷²² C.com., art. L622-13 al. 4: « (...) *Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* ».

soixante derniers jours de travail et qui, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, sont payés avant toute autre créance privilégiée⁷²³.

500. Ainsi, les créances superprivilégiées sont soumises à une obligation de paiement pendant la procédure collective dont la mise en œuvre rend indisponibles les premières rentrées de fonds destinées à leur paiement.

a- L'obligation de paiement du superprivilège des salaires

501. En droit français, c'est l'alinéa 1^{er} de l'article L625-8 du Code de commerce qui instaure l'obligation du paiement du superprivilège des salaires sur ordonnance du juge-commissaire, dans les dix jours du prononcé du jugement ouvrant la procédure par le débiteur ou, lorsqu'il a une mission d'assistance, par l'administrateur, si le débiteur ou l'administrateur dispose des fonds nécessaires.

La même solution a été retenue par le droit de l'OHADA étant donné que l'article 96 de l'AUPC, applicable en redressement judiciaire et en liquidation des biens, permet le paiement des créances superprivilégiées des salariés par le syndic au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture, sur simple décision du juge-commissaire, et sous déduction des acomptes déjà perçus⁷²⁴. Sur ce point, le législateur de l'OHADA a adapté l'AUPC au droit français des entreprises en difficulté. En outre, cette adaptation permet de résoudre partiellement la lacune du droit de l'OHADA en matière de classement du superprivilège des salaires. En effet, contrairement au droit français où il est bien placé dans le classement des privilèges, le créancier bénéficiaire du superprivilège, sous l'empire de l'AUPC, a tout intérêt à demander son paiement immédiat, car le paiement par priorité de sa créance ne permet pas de garantir son paiement dans le cadre de la procédure⁷²⁵.

⁷²³ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/superprivilège.php> ; F. DERRIDA, *Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1973, Chr. 59 ; M. RAMACKERS, *Le superprivilège des salariés*, D. 1989, Chr. 301.

⁷²⁴ Art. 96 AUPC : « *Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance. Au cas où lesdites créances sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par la même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle* ».

⁷²⁵ V. infra, n°717 et s.

502. Lorsque l'administrateur, le liquidateur ou le syndic, détient les fonds suffisants, il a l'obligation de régler le superprivilège dans les dix jours du jugement d'ouverture. Ainsi, selon un auteur, l'apparition d'un conflit de paiement entre le paiement immédiat du superprivilège des salaires et le paiement à l'échéance ou au comptant des créances postérieures dans les dix jours du jugement d'ouverture « *relève de l'hypothèse d'école* », car la créance postérieure objet du conflit doit, outre, naître après le jugement d'ouverture, mais également être exigible dans ce délai de dix jours⁷²⁶. De ce fait, la créance postérieure sera enfermée dans un délai strict et restreint difficile à tenir en pratique. Donc il sera difficile, en pratique du moins, que la créance de salaire superprivilégiée se trouve en concurrence de paiement avec une créance postérieure bénéficiaire du paiement à l'échéance. Cette hypothèse nous permet de réaffirmer la nécessité, du créancier titulaire du superprivilège des salaires, en droit de l'OHADA, de demander le bénéfice du paiement immédiat sans attendre le paiement par priorité qui ne lui garantit pas suffisamment le paiement de sa créance. Ainsi, il pourra évincer la concurrence des autres créanciers qui le supplanteront à leur tour lors du paiement par priorité, notamment les frais de justice.

Lorsque l'organe de la procédure ne détient pas les fonds dans ce délai, ce qui est souvent le cas, il doit régler le superprivilège des salaires sur les premières rentrées de fonds, c'est-à-dire sur les sommes qu'il reçoit instantanément, soit des clients, soit provenant d'autres revenus. C'est cette dernière hypothèse qui pose le problème de coordination avec la règle du paiement à l'échéance ou au comptant dans la mesure où le paiement des créances postérieures est totalement indépendant du classement des créanciers, donc du droit de préférence⁷²⁷. Dès lors, les premières rentrées de fonds deviennent indisponibles pour le paiement des créances postérieures.

b- L'indisponibilité des premières rentrées de fonds

503. L'alinéa 3 de l'article L625-8 du Code de commerce, applicable en sauvegarde, en redressement judiciaire et en liquidation judiciaire, pose, à son tour, le principe du

⁷²⁶ P.-M. LE CORRE, *La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le superprivilège des salaires sur les premières rentrées de fonds*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2012, dossier 10, n°4.

⁷²⁷ Com. 7 septembre 2010, n° 09-66.595, n° 812, F-D : Gaz. Pal. 7 et 8 janvier 2011, p. 29, note L.-C. HENRY ; BJE mars/avril 2011, p. 23, note F. MACORIG-VENIER ; RTD com. 2010, p. 793, n° 7, obs. A. MARTIN-SERF : « *Les créanciers postérieurs méritants pouvaient être payés alors que des créanciers superprivilégiés de salaires ne l'étaient pas* ».

paiement du superprivilège des salaires sur les premières rentrées de fonds, lorsque à défaut de disponibilités, les sommes dues en vertu du superprivilège des salaires doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds.

De même l'alinéa 2 de l'article 96 de l'AUPC prévoit que lorsque les fonds nécessaires au paiement des créances superprivilégiées des salariés sont insuffisants, elles doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance.

504. Il découle des dispositions combinées du Code de commerce et de l'AUPC, une obligation de paiement immédiat des créances superprivilégiées. En effet, l'obligation de paiement du superprivilège des salaires sur les premières rentrées de fonds sous-entend l'indisponibilité des premiers fonds obtenus par les organes de la procédure collective, puisque ces derniers seront immédiatement affectés au paiement immédiat du superprivilège des salaires. Un auteur affirme d'ailleurs que les fonds disponibles entre les mains des organes de la procédure collective doivent être affectés exclusivement au paiement du superprivilège des salaires⁷²⁸. En ce sens, le paiement immédiat du superprivilège des salaires doit l'emporter sur le paiement spontané des créances postérieures.

L'indisponibilité des premières rentrées de fonds emporte une conséquence supplémentaire en matière de saisie-attribution. En effet, l'article L211-2 du Code des procédures civiles d'exécution et l'alinéa 1^{er} de l'article 154 de l'AUPSRVE exigent que la créance saisie soit disponible entre les mains du tiers saisi⁷²⁹. Dans la mesure où les premières rentrées de fonds sont affectées au paiement du superprivilège, cela entraîne une indisponibilité *de facto* de ces sommes pour le paiement d'autres créances fussent-elles postérieures titulaires du paiement préférentiel. De ce fait, cette indisponibilité met en échec toute tentative de saisie-attribution entre les mains du tiers, ici l'organe de la procédure collective, par un créancier postérieur même méritant.

⁷²⁸ A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, PU Aix-Marseille, 2006, n° 162, p. 302.

⁷²⁹ C. pr. civ. ex., art. L211-2 créé par l'ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 (Issu de l'art. 43 al.1^{er} de la loi du 9 juillet 1991): « *L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation* ». Art.154 al. 1^{er} AUPSRVE : « *L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que tous ses accessoires, mais pour ce montant seulement, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers* ».

505. En pratique et en droit français, lorsque les fonds affectés au paiement du superprivilège dans les dix jours du jugement d'ouverture sont insuffisants, l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) interviendra pour en faire l'avance. De ce fait, par l'effet de la subrogation, l'AGS devra bénéficier du droit d'être remboursée sur les premières rentrées de fonds. Cela pourrait facilement mettre en échec la règle du paiement à l'échéance des créances postérieures titulaires du traitement préférentiel⁷³⁰.

La même solution a été adoptée par le droit de l'OHADA, dans la mesure où conformément à l'AUPC et au cas où les créances superprivilégiées sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par la même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance ne puisse y faire obstacle. Cependant, contrairement au droit français, l'AUPC n'a pas prévu d'institution de garantie des créances salariales⁷³¹. Donc, en l'absence d'une institution de garantie des créances des salariés dans la réglementation de l'OHADA, nous pensons que cette avance sera faite par les entreprises d'assurance auprès desquelles le débiteur aura préalablement pris le soin de conclure une police d'assurance garantissant les effets d'un risque de défaillance sur les salariés. En tout état de cause, l'indisponibilité des premières rentrées de fonds nous incite à nous demander quels sont finalement les sommes destinées au paiement des créances postérieures ?

2) La détermination des fonds destinés au paiement des créances postérieures

506. Quels sont les fonds disponibles entre les mains de l'organe des procédures collectives et qui sont destinés au paiement des créances postérieures ?

La réponse à cette question s'annonce difficile dans la mesure où cette détermination ne peut être faite qu'en procédant par élimination. Ainsi, Il est évident qu'il ne s'agira pas des premières rentrées de fonds qui sont destinées au paiement exclusif du superprivilège des salaires. Il ne s'agira pas également des fonds provenant de la revente des biens vendus sous clause de réserve de propriété étant donné que les fonds provenant de la revente de ces biens permettent le désintéressement du vendeur

⁷³⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Remboursement prioritaire des avances de salaires faites par l'AGS*, D. 1991, p. 490.

⁷³¹ V. infra, n°777 et s.

d'origine. Cependant, les fonds destinés au paiement des créances postérieures peuvent, à notre sens, concerner le solde des premières rentrées de fonds, c'est-à-dire les sommes versées par les clients de l'entreprise, lorsque l'activité est continuée, en contrepartie de la délivrance d'une chose ou de l'exécution d'une prestation de services non-consignées et restant après le complet paiement du superprivilège. En somme, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA, les fonds destinés au paiement des créances postérieures seront minorées par la priorité de paiement des créances salariales superprivilégiées.

507. Le paiement à l'échéance des créances postérieures suppose l'existence de fonds disponibles non affectés au paiement des créances superprivilégiées de salaire, d'où l'idée selon laquelle la règle de paiement à l'échéance ou au comptant ne peut pleinement jouer son rôle en présence de créances salariales superprivilégiées. Il faut retenir de tout cela que le paiement à l'échéance des créances postérieures est monopolisé par l'existence de créances superprivilégiées et elles ne seront souvent payées que dans le cadre de l'ordre de paiement des créances. Ces développements introduisent une incertitude quant à l'effectivité de la règle du paiement à l'échéance ou au comptant, puisque les premières rentrées de fonds doivent servir au paiement prioritaire du superprivilège des salaires⁷³². La subsidiarité du paiement des créances postérieures affaiblit la sûreté attachée à la règle du paiement à l'échéance dans la mesure où la créance postérieure répond difficilement aux attentes du créancier pour qui le paiement spontané est un avantage procuré aux créanciers postérieurs ayant accepté de financer la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté.

508. La mise en œuvre du paiement à l'échéance doit être favorisée par la trésorerie de l'entreprise en difficulté. Ainsi, les sommes non-consignées détenues par l'organe de la procédure, auquel le paiement est demandé, doivent permettre ce paiement sans qu'aucune objection liée à l'existence d'autres créances postérieures ne soit opposée au créancier. En effet, la demande de paiement d'un créancier postérieur ne doit pas être conditionnée à la possibilité de payer les autres créanciers postérieurs. C'est seulement lorsqu'il existe plusieurs créanciers postérieurs dont les créances sont exigibles en même temps et que l'organe de la procédure ne pourrait satisfaire à leur demande de

⁷³² A. BOYER, art. précité, n° 162, p. 302.

paiement à partir des fonds non-consignés, que le paiement pourra être refusé⁷³³. De toute manière, le juge-commissaire ne peut dicter la conduite à suivre en matière de désintéressement des créanciers postérieurs à l'organe de la procédure. C'est dans ce cadre que l'excès de pouvoir conduisant à la recevabilité de l'appel en nullité n'a pas été retenu contre le jugement statuant sur le recours contre l'ordonnance du juge-commissaire et la décision du tribunal qui refusent de dicter au liquidateur les options de désintéressement des créanciers postérieurs⁷³⁴.

Le législateur de l'OHADA n'a pas pris en compte le cas des conflits pouvant naître entre les créanciers postérieurs. En ce sens, aucune solution législative n'a été prévue, lorsque plusieurs créances postérieures de même rang viennent à échéance en même temps. Pourtant cette lacune du droit de l'OHADA doit être réparée étant donné que le conflit de paiement des créances postérieures naîtra forcément en pratique. De ce fait, il nous semble que les créances postérieures venant à échéance au même moment doivent être payées au *marc le franc* dans la mesure où aucun motif objectif ne permet d'établir un ordre de paiement entre elles. Cependant, conformément à la doctrine française majoritaire, nous pouvons estimer qu'il n'y a lieu à aucun paiement à l'échéance ou au comptant, le paiement devant alors se faire par préférence⁷³⁵.

Aucune solution n'a été non plus prévue, lorsque deux créances postérieures de rang différent entrent en conflit et que le moins bien placé détient une sûreté conventionnelle. C'est le cas lorsqu'un banquier est face à un créancier nouveau hypothécaire à qui le juge-commissaire autorise de prendre une seconde hypothèque afin de bénéficier d'un droit de préférence. Pour un auteur cette situation est peu fréquente et relève de « *l'hypothèse d'école* », dans la mesure où la liquidation des biens est très vite prononcée, lorsque l'entreprise est peu viable, afin d'échapper à la naissance d'un passif postérieur conséquent⁷³⁶. Cependant, il paraît important au créancier postérieur, pour assurer le paiement de sa créance, indépendamment de l'existence du superprivilège, d'obtenir une sûreté d'autant plus que les biens affectés au paiement d'autres créances sont exclus de l'assiette de son paiement.

⁷³³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., 7^e éd., n°608.

⁷³⁴ Com. 7 mars 2006, n°05-11.723, inédit, n°319 F-D, Gaz. proc. coll. 2006/3, p.18, obs. I. ROBERT-MESSAGER.

⁷³⁵ V. également, P.-M. LE CORRE, op. cit., n°455-47, p.880.

⁷³⁶ A. AZIBER SEID, op. cit., n°215, p. 164.

B- L'exclusion du paiement sur les biens affectés au paiement d'autres créances

509. En cas de péril dans le recouvrement de la créance postérieure, le créancier pourra être autorisé à inscrire des sûretés judiciaires sur les biens du débiteur. Le débiteur a également la possibilité de consentir des sûretés réelles sur ses biens afin de garantir le paiement des créances postérieures.

510. L'avantage de l'inscription des sûretés par le créancier postérieur découle du fait qu'il peut se trouver en concurrence avec des créances antérieures. C'est notamment le cas du porteur d'une lettre de change souscrite avant le jugement d'ouverture de la procédure collective et dont l'exigibilité intervient après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Toutefois, la mise en œuvre des inopposabilités facultatives peut être utilisée par le créancier de la masse comme rempart au paiement en concours avec le porteur d'un effet de commerce, sous certaines conditions bien définies par l'article 69, 2° de l'AUPC⁷³⁷.

511. Par ailleurs, le paiement des créances postérieures peut se heurter au paiement de certaines créances antérieures dans la mesure où le droit de paiement à l'échéance ne permet pas au créancier postérieur d'être payé sur les biens affectés au paiement d'autres créances dont les droits ne sont pas paralysés par l'ouverture d'une procédure collective. En effet, la créance postérieure ne peut pas être payée, de façon générale, sur les biens sujets à une revendication (1) et spécialement sur les biens vendus avec une clause de réserve de propriété (2).

⁷³⁷ Art. 69, 2° AUPC : « Par dérogation au 4° du paragraphe 1 du présent article, le paiement fait au porteur diligent d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque est opposable à la masse sauf dans les cas suivants où une action en rapport est possible contre :

1° le tireur ou le donneur d'ordre en cas de tirage pour compte qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré, soit au moment du tirage, soit au moment du paiement de la lettre de change à lui fait par le tiré ;

2° le bénéficiaire du billet à ordre qui a eu connaissance de la cessation des paiements du souscripteur, soit au moment de l'endossement de l'effet par lui, soit au moment du paiement à lui fait par le souscripteur ;

3° le tireur d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré au moment de l'émission du chèque ;

4° le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tireur au moment de l'émission du chèque ;

5° le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré soit au moment de l'émission, soit au moment du paiement du chèque ».

1) L'exclusion générale du paiement sur les biens objets d'une revendication

512. Les biens objets d'une revendication sont prévus par les articles 101 à 103 de l'AUPC. En effet, l'article 103 alinéa 1 prévoit que : « *Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution* ».

Une disposition analogue existe en droit français étant donné que ce sont les articles L624-12 à L624-16 du Code de commerce qui prévoient les biens pouvant faire l'objet d'une revendication. En outre, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a élargi la définition des biens pouvant faire l'objet d'une revendication⁷³⁸. Désormais, sont susceptibles de revendication, non seulement tous les biens meubles remis au débiteur à titre précaire, mais encore les meubles transférés dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie, dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant.

Dans tous les cas, l'action en revendication intervient pour opposer le droit de propriété du créancier à l'intérêt de l'entreprise et, dans le cadre du droit des procédures collectives, à l'intérêt général des créanciers⁷³⁹. En ce sens, l'exercice de l'action en revendication tente de concilier des intérêts contradictoires, puisqu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle accordée au créancier propriétaire du bien.

513. La mise en œuvre de l'action en revendication permet d'exclure les biens concernés du champ d'application du paiement des créances postérieures. Cette exclusion peut être assouplie par la neutralisation de l'action en revendication.

a- La mise en œuvre de l'action en revendication

514. Le créancier a la possibilité de demander à récupérer le bien dont il a conservé la propriété⁷⁴⁰. Cette action permet le paiement d'un créancier antérieur au détriment des

⁷³⁸ F. REILLE, *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus*, Gaz. Pal., 07 mars 2009 n° 66, p. 38.

⁷³⁹ H.-D. MODI KOKO BEBEY, *L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et du droit de l'OHADA (étude comparée)*, RTDJA, chr. 3, p. 29.

⁷⁴⁰ C.com., art. L624-9: « *La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure* ». Art. 101 al.2 AUPC : « *Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être*

créanciers postérieurs, même si cela permet de rehausser le produit de l'actif de la procédure collective⁷⁴¹. La différence entre l'AUPC et le droit français concernant la mise en œuvre de l'action en revendication mérite d'être soulevée.

En effet, en droit français, le point de départ du délai de trois mois de l'action en revendication court à partir de la publication du jugement ouvrant la procédure, alors qu'en droit de l'OHADA, conformément aux dispositions de l'article 101 alinéa 1^{er} de l'AUPC, « *les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88* »⁷⁴². La disposition de l'AUPC soumet clairement l'exercice des revendications au préalable de la production de la créance concernée par le revendiquant. Il est important de signaler à ce niveau qu'en droit français, la formalité de déclaration de la créance du revendiquant est facultative⁷⁴³. La déclaration de la créance du revendiquant rendue obligatoire par l'AUPC a été complétée, par le législateur de l'OHADA, par une déclaration expresse de la volonté du revendiquant d'exercer son droit de revendication.

exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications ».

⁷⁴¹ Dans un autre ordre d'idées, tout comme l'action en revendication, la mise en œuvre de l'action directe permet au créancier de revendiquer la propriété du bien ou de la somme fondant le dédommagement de la victime d'un préjudice. En ce sens, en droit de l'OHADA, outre, l'action en revendication qui permet à certains créanciers dans la masse de bénéficier d'un paiement au comptant au détriment des créanciers contre la masse, il existe une exclusion de concurrence guidée par l'action exercée contre une compagnie d'assurance. Ainsi, lorsque le débiteur a causé un préjudice couvert par une compagnie d'assurance avant le jugement d'ouverture, la victime peut mettre en jeu la garantie de l'assurance et ainsi bénéficier de l'indemnisation du préjudice subi, sans se soumettre à la discipline collective. La solution est identique en droit français où l'action directe de la victime contre l'assureur permet à la victime de conserver l'indemnisation hors du concours avec les autres créanciers.

⁷⁴² Art. 78 AUPC : « *A partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales prévu par l'article 36 ci-dessus, ou suivant celle faite au journal officiel prévue par l'article 37 ci-dessus, lorsque celle-ci est obligatoire, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic. Ce délai est de soixante jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.*

La même obligation est faite au créancier qui, muni d'un titre de créance, a introduit, avant la décision d'ouverture une procédure en condamnation en vertu d'un titre ou, à défaut d'un titre, pour faire reconnaître son droit. Les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires. La production interrompt la prescription extinctive de la créance ». Art. 88 AUPC : « *Tout revendiquant ou créancier porté au bilan ou dont la sûreté est régulièrement publiée ou dont la créance a été produite est recevable, pendant quinze jours à dater de l'insertion dans un journal d'annonces légales ou de la réception de l'avis prévu par l'article 87 ci-dessus, à formuler des réclamations par voie d'opposition, formée directement auprès du greffe ou par acte extrajudiciaire adressé au greffe, contre la décision du Juge-commissaire. Le débiteur ou toute personne intéressée a le même droit, dans les mêmes conditions. La décision du Juge-commissaire est irrévocable à l'égard des personnes qui n'ont pas formé opposition ».*

⁷⁴³ Com. 29 janvier 1991 ; Com. 20 octobre 1992, D. 1993 ; A. MARTIN-SERF, RTD com. n°3, 1998, p.689 ; Com. 4 janvier 2000, D. 2000, J.533.

Le défaut de ces deux déclarations permet de qualifier le revendiquant de simple créancier chirographaire. A la lecture de l'alinéa 3 de l'article 78 de l'AUPC prévoyant que « *les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication* », il est raisonnable de penser que la déclaration de la volonté d'exercer le droit de revendication est simultanée à la déclaration préalable de la créance du revendiquant. Cependant, selon un auteur, rien n'empêche l'accomplissement de la déclaration expresse de la volonté d'exercer le droit de revendication du revendiquant ultérieurement, à condition qu'elle soit faite avant l'expiration du délai de production de l'AUPC⁷⁴⁴. Les obligations de déclaration préalable et de déclaration de la volonté expresse d'exercer le droit de revendication sont une difficulté supplémentaire que l'AUPC introduit en matière de revendication. Il en ressort une rédaction alambiquée du droit de l'OHADA en matière d'exercice de l'action en revendication du créancier propriétaire du bien. Nous retiendrons d'ailleurs que cette procédure complexe est une entorse au droit de propriété du créancier qui devra obtenir une décision du juge-commissaire pour reprendre le bien lui appartenant. Sur ce point, le législateur de l'OHADA devra, dans la prochaine réforme de l'AUPC, faire preuve de clarté et de simplicité dans la mise en œuvre de l'action en revendication dévolue au propriétaire du bien.

L'enchevêtrement du législateur de l'OHADA est confirmé par le fait qu'à cette difficulté préalable, s'ajoute une autre difficulté concernant la computation des délais d'exercice de l'action en revendication car le délai de revendication de trois mois court à partir de la décision du juge-commissaire déclarant les revendications fondées ou de l'insertion au journal officiel ou au journal des annonces légales de l'avis du greffier informant les créanciers et revendiquant du dépôt de l'état des créances et des revendications par le syndic, conformément à l'article 88 de l'AUPC. L'exigence d'une décision judiciaire ou de son insertion pose le problème de la computation des délais afin de trouver le délai réel de revendication. Ainsi, avant d'arriver au délai de trois mois indiqué par l'article 101 alinéa 2 de l'AUPC, il faut recenser plusieurs formalités également enfermées dans des délais⁷⁴⁵. En ce sens, l'action en revendication, en droit

⁷⁴⁴ H.-D. MODI KOKO BEBEY, art. précité, p.32.

⁷⁴⁵ Ibid., p. 32-35. Art. 101 al. 2 AUPC : « *Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications* ».

de l'OHADA, court à partir de l'information contenue dans l'article 87 alinéa 3 de l'AUPC ou à partir de la décision du juge-commissaire admettant les revendications⁷⁴⁶. En somme, il faut comptabiliser, outre le délai de revendication de trois mois, les délais de production et de vérification des revendications et le délai d'opposition accordé au propriétaire dont la revendication a été rejetée.

En premier lieu, les revendications doivent être produites au passif du débiteur dans un délai de trente jours de l'insertion au journal officiel d'un extrait du jugement d'ouverture de la procédure collective, sachant que l'insertion doit avoir lieu au plus tard dans les quinze jours du jugement d'ouverture. Ce qui fait un délai maximum de quarante quinze jours auquel il faut ajouter les trente jours supplémentaires lorsque le créancier est domicilié à l'étranger, soit soixante quinze jours à partir du jugement d'ouverture à ne pas dépasser. Il faut souligner également que le délai de production peut partir, selon l'article 78 de l'AUPC, de la décision d'ouverture jusqu'à l'expiration d'une période de trente jours suivant la deuxième insertion dans le journal d'annonces légales qui doit être faite quinze jours au plus tard après la première insertion qui est faite sans délai. Le délai de la deuxième insertion peut être allongé de trente ou soixante jours selon que le créancier habite sur le territoire national ou à l'étranger. Ce qui fait un délai minimum allant de quarante cinq à soixante quinze jours.

En deuxième lieu, conformément à l'article 84 de l'AUPC, la vérification des créances et revendications est obligatoire, quelle que soit l'importance de l'actif. Le délai de la vérification est de trois mois à partir du jugement d'ouverture de la procédure collective, avec un délai d'opposition de quinze jours supplémentaires accordé aux revendiquants dont la revendication a été rejetée par la décision du juge-commissaire qui court à partir de l'avis informatif du greffier du rejet de la revendication.

En dernier lieu, à ce délai de revendication minimum de trois mois et quinze jours, il faut ajouter le délai d'exercice de l'action en revendication qui est de trois mois.

⁷⁴⁶ Art. 87 al.3 AUPC : « Il (le greffier) adresse également, pour être reçu quinze jours au moins avant l'expiration du délai prévu par l'article 88 ci-après pour former une réclamation, aux créanciers et revendiquants dont la créance ou la revendication est rejetée totalement ou partiellement ou la sûreté refusée, un avis les informant de ce rejet ou de ce refus, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Cet avis doit contenir la reproduction intégrale des dispositions de l'article 88 ci-après ».

En définitive, entre les étapes préalables et l'action en revendication, six à sept mois peuvent facilement s'écouler. Ainsi, contrairement au droit français, le droit de l'OHADA fait manifestement perdre du temps au créancier revendiquant. Sur ce point, l'AUPC est totalement à contrecourant de l'exigence de la célérité dans les relations d'affaires et par ricochet en matière de procédures collectives. De ce fait, nous proposons une prise en compte par le législateur de l'OHADA de la solution du droit français, ayant le mérite de la clarté, de la simplicité et de la rapidité. Ainsi, les revendications pourraient avoir lieu sans l'intervention d'une décision du juge-commissaire et dans un délai de trois mois à partir de l'insertion de l'extrait du jugement d'ouverture au journal officiel. Au surplus, il ne serait pas opportun d'attendre les deux insertions du jugement d'ouverture dans un journal d'annonces légales étant donné que « *nul n'est censé ignorer la loi* », la consultation du journal officiel est un minimum requis pour toute personne engagée dans les affaires.

b- La neutralisation de l'action en revendication

515. L'action en revendication a pour effet de diminuer le patrimoine du débiteur, donc le gage général des créanciers. C'est pour cette raison qu'il est admis, aussi bien en droit de l'OHADA qu'en droit français, que l'organe de la procédure pourra, avec l'autorisation du juge-commissaire, payer le créancier pour que le bien reste dans l'actif de la procédure collective⁷⁴⁷. En effet, le paiement en vue de conserver le bien dans l'actif du débiteur est assimilé au paiement des créances postérieures. De ce fait, nous pensons que le paiement en vue de la conservation du bien dans le patrimoine du débiteur sera prioritaire par rapport au paiement de la créance postérieure, puisque son intervention est subordonnée à l'autorisation du juge-commissaire qui rend sa décision en fonction du respect de l'intérêt collectif des créanciers de la procédure collective. Outre les biens objets de la revendication, l'exclusion du paiement des créances postérieures est également en faveur des vendus avec clause de réserve de propriété.

⁷⁴⁷ Art. 103 al. 3 AUPC : « *Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus (...), il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas* ». C.com., art. L624-16 *in fine* : « *Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L622-17* ».

2) *L'exclusion spéciale du paiement sur les biens vendus avec clause de réserve de propriété*

516. La « *réserve de propriété* » est une disposition contractuelle destinée à assurer au vendeur qui a consenti à l'acheteur un crédit, qu'il sera payé du prix de la chose vendue, sans avoir à courir le risque d'avoir à subir le concours d'éventuels créanciers de l'acquéreur⁷⁴⁸. Pour parvenir à un tel résultat, l'acheteur et le vendeur conviennent que la chose vendue restera la propriété de ce dernier jusqu'à complet paiement et ce, nonobstant les acomptes versés. Il en découle que la réserve de la propriété soustrait le bien de l'actif du débiteur étant donné que le débiteur n'en est pas propriétaire. Cette soustraction de l'actif du débiteur a pour conséquence d'exclure le bien dont la propriété est réservée du champ d'application du paiement à l'échéance du créancier postérieur.

517. Pour que cette exclusion s'opère, il faut que la clause de réserve de propriété ait été valide et que l'action en revendication du vendeur n'ait pas été neutralisée.

a- Les conditions de validité de la clause de réserve de propriété

518. La clause de réserve de propriété, est une clause par laquelle un vendeur, en vue de garantir sa créance de façon efficace, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur⁷⁴⁹. De ce fait, la clause de réserve de propriété permet de soustraire le bien vendu du champ d'application du paiement des créances postérieures. Ainsi, conformément à l'article 103 alinéa 2 AUPC : « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier* ».

⁷⁴⁸ F. DERRIDA, *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D.1980, Chr. 293 ; M. FILIOL DE RAIMOND, *Clause de réserve de propriété, revente et revendication*, RLDA n°41, août-septembre 2009, Actualités, n°2468, p. 34-35, note à propos de Com. 16 juin 2009 ; R. HOUIN, *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, D.1980, Chr. 293 ; A. LIENHARD, *Clause de réserve de propriété : relation d'affaires entre les parties*, D. n°7, 16 février 2012, Actualité/droit des affaires, p. 432, note à propos de Com. 31 janvier 2012 ; S. PRIGENT, *Privilège du bailleur d'immeuble - conflit avec une clause de réserve de propriété*, D., n°28, 30 juillet 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1888, note à propos de 3e Civ. 24 juin 2009 ; A. LAUDE, *Notion de contrat en cours - contrat de vente comportant une clause retardant le transfert de propriété jusqu'au paiement intégral du prix*, Rev. proc. coll., 2000, n°3, 100 ; A. LIENHARD, *Clause de réserve de propriété - revendication du prix de revente*, D., n°26, 9 juillet 2009, AJ, p. 1752 à 1754, note à propos de Com. 16 juin 2009.

⁷⁴⁹ F. M. SAWADOGO, op. cit., n°248, p. 241.

En France, c'est l'article L624-16 alinéa 2 du Code de commerce qui prévoit la possibilité de revendiquer les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison⁷⁵⁰. La preuve de la clause de réserve de propriété doit se faire dans tous les cas par un écrit accepté par le débiteur au plus tard à la date de la livraison⁷⁵¹. Ainsi, selon la jurisprudence, l'acceptation de la clause de réserve de propriété par le débiteur peut, selon les circonstances, être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, n'ayant fait l'objet d'aucune protestation de sa part⁷⁵².

En précisant que « *l'action en revendication des biens dont la propriété est réservée en application d'une clause contractuelle peut être exercée quelle que soit la nature du contrat dans lequel elle figure* », la jurisprudence étend l'application de la clause de réserve de propriété au-delà des seuls contrats de vente⁷⁵³. De ce fait, peu importe la forme de l'écrit, puisque la clause de réserve de propriété peut figurer dans des conditions générales de vente⁷⁵⁴. La clause de réserve de propriété est jugée valable et, en cas de redressement ou de mise en liquidation judiciaire de l'acquéreur, elle est déclarée opposable à ses créanciers, sauf lorsqu'elle a été consentie pendant la période suspecte.

Par ailleurs, la mise en œuvre de l'action en revendication du vendeur sous clause de réserve de propriété nécessite l'existence en nature du bien à la date du jugement d'ouverture, leur revente postérieurement au jugement d'ouverture permet au créancier revendiquant de détenir une créance postérieure élue au traitement préférentiel⁷⁵⁵. Ainsi, la transformation du bien objet de revendication interdit sa revendication, puisqu'elle

⁷⁵⁰ Com. 3 juillet 2012, n° 11-20.425, n° 758, F-P+B, Sté Delta machine c/ Sté Serop Concept et a. : JurisData n° 2012-015227 ; Cass. CA Rennes, 2e ch. com., 12 avril 2011, renvoi CA Rennes ; Act. proc. coll. 2012-14, comm. 212, obs. F. PETIT : « *La délivrance d'un meuble s'opère par le seul consentement des parties, si l'acheteur l'avait déjà en son pouvoir à un autre titre. En ce cas, la clause de réserve de propriété affectant ce bien doit, pour être opposable aux tiers, avoir été convenue dans le contrat de vente* ».

⁷⁵¹ F. PEROCHON, *Les revendications : dernières évolutions*, LPA 13 février 2002, n°32, p.4 et s.

⁷⁵² Com. 31 janvier 2012, n°10-28407, BICC n°761 du 1er mai 2012.

⁷⁵³ Com. 19 novembre 2003, n°01-01.137, bull. civ. IV, n°162 ; D. 2004, AJ, p.3049, obs. A. LIENHARD ; LPA 19 février 2004, n°36, p.9, note H. LECUYER.

⁷⁵⁴ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°816.22, p.2138.

⁷⁵⁵ Com. 11 juillet 1995, n°93-10.385, bull. civ. IV, n°210 ; JCP E 1995, 513, n°5, obs. M. CABRILLAC.

sous-tend la perte de la nature du bien⁷⁵⁶. L'incorporation du bien interdit également sa revendication⁷⁵⁷. En tout état de cause, il est important que l'opération de démontage du bien incorporé n'occasionne pas de dommage physique au bien objet de la revendication et au bien dans lequel il a été incorporé⁷⁵⁸. De ce fait, lorsque le bien a été sinistré, l'indemnité d'assurance subrogée au bien est attribuée directement au propriétaire sans qu'il y ait lieu à revendication⁷⁵⁹. Cependant, l'article 48 de l'ordonnance du 23 mars 2006 complète l'article L624-18 du Code de commerce en permettant que « *(puisse) être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ». En découle une obligation de revendication de l'indemnité d'assurance dans les formes et délais de la revendication du bien comme en matière de revendication du prix⁷⁶⁰.

Concernant la revendication du prix, lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend, sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur. Il en résulte que la revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour précité, à concurrence du prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial⁷⁶¹.

L'AUPC prévoit expressément que « *A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* »⁷⁶². C'est sur ce fondement qu'un auteur affirme que pour la validité de la clause de réserve de propriété, « *il suffit (...) que la clause ait été convenue entre les parties au plus tard*

⁷⁵⁶ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°816.32, p.2143. Com. 6 mars 1990, n°88-14.267, bull. civ. IV, n°73; Rev. proc. coll. 1991, 223, obs. B. SOINNE. Com. 11 juillet 2006, n°05-13.103, bull. civ. IV, n°181, n°915 F-P+B ; D. 2006, AJ, p.2462, obs. A. LIENHARD; JCP E 2007, chron. 1907, p.32, n°28, obs. L. GROS.

⁷⁵⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°816-33, p.2144.

⁷⁵⁸ Le dommage économique n'a pas été retenu, V. Com. 4 janvier 2005, n°02-10.538, inédit, LPA 16 février 2006, n°34, p.7, note S. VOISIN. Com. 28 octobre 2008, n°7-16.899, NP, n°1083 F-D ; Rev. proc. coll. 2009/6, 168, p.44, note M.-H. MONSERIE-BON.

⁷⁵⁹ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°816-34, p.2145. Com. 22 avril 1997, n°93-10.114, bull. civ. IV, n°103 ; D. Affaires 1997, p.736.

⁷⁶⁰ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°816-34, p.2145.

⁷⁶¹ Com. 16 juin 2009, n°08-15753 et n° 08-10241, BICC n°713 du 15 décembre 2009.

⁷⁶² V. art. 73 AUS.

au moment de la livraison »⁷⁶³. En outre, l'article 103 alinéa 2 de l'AUPC exige pour sa validité que la clause ait été régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

519. En droit de l'OHADA, l'article 74 de l'AUS ajoute que : « *La réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux dispositions des articles 51 à 66 du présent Acte uniforme* ». Ainsi, cette disposition exige, pour son opposabilité aux tiers, la publication de la clause de réserve de propriété.

Cependant, en France, la publication de la clause de réserve de propriété a un objectif autre que son opposabilité aux tiers. En effet, afin d'éviter d'avoir à exercer une action en revendication enfermée dans des délais impératifs et de pouvoir se contenter d'exercer une demande en restitution facultative qui n'est enfermée dans aucun délai, le vendeur peut publier le contrat assorti d'une clause de réserve de propriété au registre des nantissements et des privilèges. Cette publication est facultative et permet donc au vendeur d'exercer une action en restitution au lieu et place d'une action en revendication, en présence d'une clause de réserve de propriété non publiée⁷⁶⁴. Le principal avantage de la publication est de permettre au créancier détenant une clause de réserve de propriété d'exercer une action en restitution qui, à l'inverse de l'action en revendication, n'est soumise à aucun délai⁷⁶⁵.

⁷⁶³ H.-D. MODI KOKO BEBEY, *L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et du droit de l'OHADA (étude comparée)*, op. cit., p. 39-40.

⁷⁶⁴ C. com., art. L624-10 : « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » ; C. com., art. R624-15 : « *Pour bénéficier des dispositions de l'article L624-10, les contrats qui y sont mentionnés doivent avoir été publiés avant le jugement d'ouverture selon les modalités qui leur sont applicables. Aux mêmes fins, en l'absence de réglementation particulière, le propriétaire du bien doit avoir fait publier le contrat avant le jugement d'ouverture, selon le cas, au registre mentionné à l'article R313-4 du code monétaire et financier ou au registre prévu au troisième alinéa de l'article R621-8 du présent code* ».

⁷⁶⁵ C.com., art. R624-14 : « *Pour l'application de l'article L624-10, la demande en restitution est faite par le propriétaire du bien par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur, s'il en a été désigné, ou, à défaut, au débiteur. Une copie de cette demande est adressée au mandataire judiciaire. A défaut d'accord dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande ou en cas de contestation, le juge-commissaire peut être saisi à la diligence du propriétaire afin qu'il soit statué sur les droits de ce dernier. Même en l'absence de demande préalable en restitution, le juge-commissaire peut également être saisi à cette même fin par l'administrateur ou par le débiteur* ». Com.13 novembre 2012, n° 11-25.035 ; Act. proc. coll. n° 20, Décembre 2012, alerte 304.

b- La neutralisation de l'action en revendication du bien

520. La possibilité de conserver le bien appert de la lecture de l'article L624-16 *in fine* du Code de commerce qui prévoit que : « *Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L622-17* ».

De la même manière en droit de l'OHADA, à défaut de paiement intégral du prix, le créancier conserve la propriété de son bien et peut dans ce cadre le revendiquer. Cependant, le syndic, avec l'approbation du juge-commissaire, peut décider du paiement intégralement du prix du bien afin de le conserver dans l'actif de la procédure collective⁷⁶⁶. Le paiement intégral du prix en vue de la conservation du bien dans le patrimoine du débiteur est assimilé au paiement d'une créance postérieure. Cette situation fait apparaître un conflit de paiement entre plusieurs créances postérieures⁷⁶⁷. Nous pensons que ce conflit est facilement résolu dans la mesure où le paiement intégral en vue de la conservation du bien dans l'actif du débiteur se fait sur autorisation du juge-commissaire qui a, au préalable, pris en compte l'intérêt collectif des créanciers de la procédure collective. Ainsi, nous nous trouverons en présence de deux hypothèses : soit le prix est payé et la revendication est paralysée, puisque le bien rentre dans les actifs du débiteur ; soit le prix n'est pas payé et le vendeur reprend dans ce cas le bien, il en est de même en matière de fiducie-sûreté. La nature du paiement à l'échéance des créances postérieures ayant été déterminée, il reste à rechercher le moment du paiement à l'échéance. En d'autres termes, à quel moment la créance postérieure sera-t-elle payée à l'échéance?

⁷⁶⁶ Art. 103 al. 3 AUPC : « *Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas* ».

⁷⁶⁷ V. supra, n°508.

Section 2 : Le moment du paiement à l'échéance des créances postérieures

521. La nature du paiement des créances postérieures exige que le paiement de la créance postérieure s'effectue au moment indiqué dans le contrat, comme si le débiteur était *in bonis*.

522. Ainsi, la détermination du moment de paiement des créances postérieures pose la question de la responsabilité de l'organe de la procédure collective en cas de non-paiement de la créance postérieure. En effet, les actions en responsabilité proviennent pour la plupart du contentieux des contrats en cours. Ainsi, se dégage de la jurisprudence, la notion de risque calculé, en fonction notamment de la valeur de l'actif lié aux contrats. Il en est ainsi dans une espèce où les juges ont écarté la faute de l'administrateur qui a laissé se poursuivre un contrat de bail nonobstant les difficultés à en respecter les échéances, puisque les loyers impayés n'étaient pas exigibles avant le jugement de liquidation judiciaire⁷⁶⁸. En revanche, la responsabilité de l'administrateur a été retenue concernant un défaut de paiement des factures de téléphone, car ce dernier n'a pas pu apporter la preuve qu'il s'est procuré les budgets prévisionnels⁷⁶⁹.

523. Il découle de tout ce qui précède que la règle du paiement à l'échéance des créances postérieures doit jouer le plus rapidement possible, c'est le caractère immédiat du paiement des créances postérieures (Paragraphe 1). En outre, ce caractère immédiat sous-tend l'inexistence d'une période prédéfinie de paiement des créances postérieures (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le caractère immédiat du paiement des créances postérieures

524. Le caractère immédiat du paiement à l'échéance fondé sur l'impossibilité d'imposer un délai de paiement au créancier (A) permet de faciliter la mise en œuvre de la compensation (B).

⁷⁶⁸ V. par exemple, Com. 18 janvier 2000, n°98-19.692, NPT, Rev. proc. coll. 2000, n°6, p.75, obs. B. SOINNE.

⁷⁶⁹ V. sur ce point, Com. 30 juin 2009, n°07-21.212, NP, Rev. proc. coll. 2009/4, 2^e partie, n°20, p.10, note BIDAN.

A- L'absence de délai de paiement

525. La notion de délai doit être comprise au sens de l'article 1244-1 alinéa 1 du Code civil, selon lequel, *« compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues »*.

526. La règle du paiement des créances postérieures au comptant ou à l'échéance, telle que prévue par l'AUPC et le Code de commerce, ne permet pas d'imposer un délai au créancier. C'est dans ce cadre que la jurisprudence française a eu l'occasion d'affirmer, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, que : *« Les dispositions d'ordre public relatives au règlement prioritaire des créances visées par l'article 40 [C.com., ancien article L621-32] dérogent au texte général de l'article 1244-1 C.civ. et s'opposent à l'octroi de délais judiciaires de paiement aux loyers échus d'un bail commercial depuis le jugement d'ouverture »*⁷⁷⁰. De ce fait, dès lors que la créance postérieure est exigible, le débiteur, le syndic, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur, selon les règles de partage des pouvoirs de gestion, doit procéder au paiement de la créance. En ce sens, il ne peut pas opposer au créancier l'existence d'une autre créance postérieure pour retarder le paiement de sa créance⁷⁷¹. Par ailleurs, l'inopposabilité d'un délai de paiement explique l'interdiction selon laquelle les créances postérieures bénéficiaires du paiement à l'échéance ne doivent en aucun cas être incorporées dans un plan de sauvegarde, de continuation ou un concordat judiciaire. En effet, le plan et le concordat permettent d'imposer des délais de paiement et/ou des remises aux créanciers⁷⁷².

527. Toutefois, il est admis que l'administrateur judiciaire puisse obtenir, sur acceptation expresse du cocontractant du débiteur, un délai de paiement⁷⁷³. Cette possibilité n'a pas été expressément prévue par le droit de l'OHADA. Cependant, dans

⁷⁷⁰ Dijon, 13 septembre 1994, D. 1995. IR. 29 - *Contra* TGI Paris, 23 mai 1997, RJ com. 1998. 79, obs. GALLET.

⁷⁷¹ V. *supra*, n°508.

⁷⁷² C.com., art. L626-18: *« Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 626-5 et à l'article L. 626-6. Ces délais et remises peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal (...) »*. Art.134 AUPC : *« L'homologation du concordat rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture, quelle que soit la nature de leurs créances, sauf disposition législative particulière interdisant à l'administration de consentir des remises ou des délais (...) »*.

⁷⁷³ C.com., art. L622-13 al. 4: *« (...) Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement »*.

la mesure où l'AUPC traite les créances contre la masse comme des créances hors la procédure collective, c'est-à-dire comme des créances détenues contre une entreprise *in bonis*, nous pensons que les juges pourront facilement accepter que le syndic puisse conduire des négociations avec le créancier et obtenir des délais de paiement. En effet, en général tout débiteur pourrait négocier avec ses créanciers. Ainsi, l'absence de l'exigence d'un délai de paiement au créancier postérieur permet à la compensation de jouer pleinement son rôle.

B- Le jeu de la compensation

528. Dans le Code civil, la compensation est l'opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible⁷⁷⁴. En droit de l'OHADA, outre le code civil applicable dans la plupart des Etats membres, c'est l'AUS qui traite de la compensation qu'il définit comme un mode simplifié de paiement des créances permettant l'extinction de deux dettes réciproques, à concurrence du montant de la plus faible.

529. La compensation s'analyse en un paiement double et les dispositions du droit des procédures collectives concernant l'ordre de paiement des créances postérieures n'écarteront pas le jeu de la compensation⁷⁷⁵. C'est ainsi que dans un cas d'espèce, un créancier postérieur a obtenu un titre exécutoire qu'il n'a pas jugé utile d'exécuter étant donné qu'il a parallèlement obtenu le paiement de sa créance de prix d'acquisition de biens par compensation⁷⁷⁶.

Faute de solution expresse du droit de l'OHADA concernant l'acceptation de la compensation en procédures collectives, nous procéderons par une analyse *a contrario* de l'article 68, 4° de l'AUPC qui considère inopposables de droit, s'il est fait pendant la période suspecte, tout paiement des dettes échues fait autrement que par compensation légale, judiciaire ou conventionnelle. Ainsi, les dettes échues payées par compensation sont opposables à la procédure collective, même si le paiement a été fait en période

⁷⁷⁴ La compensation fait l'objet de la section IV du chapitre V du titre III du C. civ., c'est un mode d'extinction des obligations.

⁷⁷⁵ CA Paris, 3^e ch. A, 10 mai 2005, RG n°2004/14135.

⁷⁷⁶ CA Amiens, ch. éco., 5 mars 2009, RG n° 07/04059, CGEA - Délégation régionale UNEDIC - AGS Nord Est c/ SA Teintures et apprêts de Saint-Quentin.

suspecte. Donc, la créance contre la masse n'étant pas soumise aux règles strictes de la procédure collective peut valablement faire l'objet d'une compensation⁷⁷⁷.

530. Dans la mesure où le paiement des créances postérieures demeure un paiement au « *prix de la course* », la compensation de la créance postérieure nécessite l'existence de dettes connexes. C'est cette idée que défend l'AUPC qui est favorable à la compensation. Cependant, l'article 109 de l'AUPC interdit au cocontractant de compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution, sauf lorsque la juridiction compétente saisie de son action en résolution contre le syndic, décide de prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts.

La question de l'existence de dettes connexes ne s'est pas posée de la même manière en droit français, puisque conformément au régime applicable aux créances antérieures, la compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée dès lors que celui qui la sollicite n'a pas déclaré sa créance⁷⁷⁸. De ce fait, la déclaration de la créance antérieure permet la mise à l'écart de la règle de l'interdiction des paiements en permettant à la compensation pour dettes connexes de jouer favorablement même concernant les créances antérieures⁷⁷⁹. C'est en complément de cette solution que la Cour de cassation a affirmé, en matière de paiement des créances postérieures, que :

« Une banque bénéficiant du traitement préférentiel de l'article L. 622-17, I, du Code de commerce, au titre d'un prêt sous forme de facilité de caisse accordé à une société en redressement judiciaire et autorisé par le juge-commissaire, qui a acquis de la société un ensemble immobilier et qui a versé le prix d'achat sur le compte de celle-ci peut en compenser le montant avec sa propre créance, "cette inscription venant éteindre à due concurrence, par la fusion instantanée des créances réciproques génératrices d'une compensation, la dette de la société envers la banque" judiciairement constatée. L'AGS

⁷⁷⁷ V. infra, n°532 et s.

⁷⁷⁸ Com. 3 mai 2011, n° 10-16.758, Sté Messageries du midi et a. c/ Sté des productions Mitjavila : JurisData n° 2011-007711 ; JCP E 2011, 1411, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; D. 2011, 1215, obs. A. LIENHARD ; JCP E n° 35, 1er Septembre 2011, 1596, chr. Ph. PÉTEL ; « *La constitutionnalité du droit de compenser des créances connexes ne peut être sérieusement discutée* » : Com.14 septembre 2010, n° 10-40.022, G. ès qual. c/ Cabinet K. : JurisData n° 2010-016123 ; Act. proc. coll. 2010, comm. 226, obs. P. CAGNOLI. Com. 19 juin 2012, n° 10-21.641, n° 697, F-P+B, Sté Ecad c/ Benoît : JurisData n° 2012-013656.

⁷⁷⁹ Ph. PETEL, op. cit., 5^e éd., n°209.

et l'Unedic CGEA d'Amiens ne peuvent se plaindre de ce que ce paiement par compensation a été réalisé par préférence à la créance superprivilégiée de salaire dont elles sont titulaires, puisque pour les créanciers postérieurs privilégiés, le paiement demeure le prix de la course »⁷⁸⁰.

En tout état de cause, le caractère immédiat du paiement des créances postérieures a un corollaire, le paiement des créances postérieures à tout moment de la procédure collective.

Paragraphe 2 : L'absence de période prédéfinie de paiement des créances postérieures

531. Etant donné que le créancier postérieur peut demander le paiement au comptant ou à l'échéance de sa créance à tout moment, son paiement ne doit pas être subordonné à une période de la procédure collective étant donné que les règles de la discipline collective (A) et les effets de la procédure liquidative ne lui sont pas applicables (B).

A- La neutralisation des règles de la discipline collective

532. La neutralisation des règles de la discipline collective permet aux créances postérieures d'être payées à n'importe quel moment de la procédure collective, en rendant inopérants les effets du jugement d'ouverture. Cette neutralisation consiste à l'inopposabilité des règles interdisant le paiement en cours de procédure (1) et à l'inopposabilité de l'exigibilité des créances non échues (2).

1) L'inopposabilité des règles interdisant le paiement en cours de procédure

533. Le paiement des créances postérieures ne sont pas limitées par les effets de l'ouverture de la procédure collective. En effet, en droit français, le créancier postérieur n'est pas tenu à l'obligation de déclarer sa créance au passif du débiteur. Il n'est pas non plus concerné par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et de l'interdiction des

⁷⁸⁰ Com. 7 septembre 2010, n° 09-66.595: JurisData n° 2010-015565; RJDA 1/2011, n° 60; Act. proc. coll. 2010, comm. 214; D. 2010, p. 2428, obs. A. LIENHARD; Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 51, C. SAINT-ALARY-HOUIN.

voies d'exécution. Par ailleurs, le créancier postérieur conserve son droit de poursuite individuelle après clôture de la procédure pour insuffisance d'actif⁷⁸¹.

Tout autant, les créanciers contre la masse échappent à la discipline collective. De ce fait, ils ne sont pas soumis aux règles de la production, de la vérification et de l'admission des créances⁷⁸². Ils ne sont pas non plus soumis à la suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution. C'est dans ce cadre que pour un auteur, « *on se trouve donc en présence d'un noyau de créanciers qui, malgré la date de naissance de leur droit, se trouvent admis à la procédure collective tout en échappant à ses règles* »⁷⁸³.

534. La règle de l'arrêt du cours des intérêts se fonde sur le fait qu'il est déraisonnable de réclamer les intérêts là où le recouvrement du capital est compromis. Ainsi, conformément aux article 77 de l'AUPC et L621-48 du Code de commerce, le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus⁷⁸⁴. Cependant, le cours des intérêts n'est pas arrêté à l'égard des créances postérieures dans la mesure où lorsque la créance postérieure n'a pas été payée à l'échéance, le créancier pourra demander le versement des intérêts courus et des pénalités de retard sur sa créance depuis la date d'exigibilité. En sus, la jurisprudence française a reconnu au créancier postérieur la possibilité de demander la capitalisation des intérêts dans les conditions du droit commun, puisque les intérêts des sommes dues sur le fondement de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 n'entrent pas dans les prévisions de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985⁷⁸⁵. En outre, l'application de la règle de l'exigibilité des créances non échues est totalement exclue de la procédure collective.

⁷⁸¹ Com. 30 octobre 2000, n°97-17.800 inédit titré, Act. Proc. Coll. 2000/19, n°248, note J. VALLANSAN ; Com. 20 mars 2001, n°98-14.978, inédit, D. 2001, AJ, p.1319, obs. A. LIENHARD ; Com. 1^{er} avril 2003, n°00-11.570, inédit titré, Act. proc. coll. 2003/12, n°161.

⁷⁸² F. M. SAWADOGO, op. cit., n°215, p.211.

⁷⁸³ A. AZIBER SEID, op. cit., n°214, p. 163.

⁷⁸⁴ V. également, Com. 25 novembre 1997, n°95-19.412, inédit titré, Rev. proc. coll. 1998, 295, n°13 obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Com. 20 juin 2000, n°97-11-422, Bull. Civ. IV, n°129.

⁷⁸⁵ Com. 20 juin 2000, art. précité.

2) *L'inopposabilité de l'exigibilité des créances non échues*

535. L'article 76 de l'AUPC prévoit que : « *La décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement* ». L'article L622-29 du Code de commerce va un peu plus loin en précisant que : « *Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite* »⁷⁸⁶. Le Code de commerce se réfère expressément à la procédure de redressement judiciaire, doit-on comprendre que les créances non échues sont rendues exigibles par le jugement d'ouverture de la sauvegarde ?

Pour répondre à cette question nous procéderons par un raisonnement *a contrario*. L'article L643-1 du Code de commerce prévoit que le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues. Cependant, la même disposition ajoute que « *lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement statuant sur la cession ou, à défaut, à la date à laquelle le maintien de l'activité prend fin* ». Ainsi, lorsque l'activité du débiteur est maintenue en liquidation judiciaire, l'exigibilité des créances non échues est exclue. Donc, nous pouvons conclure que dans la mesure où le débiteur en sauvegarde n'est pas en cessation des paiements, l'exigibilité des créances non échues est implicitement exclue.

Dans tous les cas, il ressort de ces deux dispositions que l'exigibilité immédiate des créances est défavorable au sauvetage des entreprises en difficultés étant donné que l'activité est susceptible d'être continuée. Par conséquent, en précisant que la clause rendant exigible les créances non échues est réputée non écrite, le droit français fait du refus de l'exigibilité des créances non échues une disposition d'ordre public.

536. La mise à l'écart de cette règle s'explique par la nécessité du financement de la continuation de l'activité du débiteur. Ainsi, si l'exigibilité des créances non échues avait été rendue obligatoire pour toutes les créances, le débiteur se trouverait en face d'une multitude de créances constituant un passif postérieur impossible à payer, ce qui

⁷⁸⁶ Com. 21 février 2012: Bull. civ. IV, n° 43; D. 2012. Actu. 607, obs. A. LIENHARD; ibid. Pan. 2196, obs. F.-X. LUCAS; Rev. Sociétés 2012. 399, obs. L.-C. HENRY; LEDEN avril 2012, p. 4, obs. I. PARACHKÉVOVA; Act. proc. coll. 2012, n° 85, obs. P. CAGNOLI.

entraînerait *ipso facto* sa liquidation. Nous pensons que l'interdiction de l'exigibilité des créances non échues est en adéquation avec l'objectif du paiement des créances postérieures à tout moment de la procédure collective, voire en liquidation des biens et liquidation judiciaire.

B- La neutralisation des effets de la procédure liquidative

537. En liquidation judiciaire, la distinction était faite, sous l'empire des anciennes législations, selon que l'activité de l'entreprise avait été ou non poursuivie conformément à la décision d'autorisation de la continuation de l'activité de l'entreprise. En cas de poursuite de l'activité autorisée, les créances nées pendant la période de poursuite sont payées à l'échéance. Cela ne vaut pas pour les créances nées sans poursuite de l'activité, puisqu'elles sont considérées comme nées irrégulièrement après le jugement d'ouverture⁷⁸⁷.

538. Actuellement, en droit français, la situation a changé dans la mesure où depuis la loi de sauvegarde des entreprises, il n'est plus fait référence au jugement d'ouverture. En effet, l'article L641-13-I du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises, a été ainsi rédigé : *«Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L. 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité»*.

En revanche, l'AUPC a préféré la simplicité de ses dispositions et n'a pas pour cela scindé la situation des créances postérieures selon qu'il s'agisse d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidations des biens. Ainsi, l'article 117 de l'AUPC s'applique au sort des créances postérieures indifféremment de la procédure collective ouverte. En ce sens, il prévoit que *« Toute dette née régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse (...) »*. Il ressort de cette disposition que

⁷⁸⁷ Cette légère nuance se ressent à la lecture de l'évolution législative. En effet, conformément à l'ancienne loi et plus précisément l'art. L621-32 C.com. prévoyait que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie (en redressement judiciaire). L'art. L622-10 C.com. ajoutait que si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'État. Les dispositions de l'art. L621-32 C. com. sont dès lors applicables aux créances nées pendant cette période (en liquidation judiciaire). Ces créances sont alors traitées conformément au régime applicable aux créances nées irrégulièrement après le jugement d'ouverture. V. supra.

toute activité régulière du débiteur ou du syndic après le jugement d'ouverture permet d'engendrer une créance postérieure payée au comptant. En effet, la règle du paiement à l'échéance des créances postérieures en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens n'est plus liée exclusivement à la poursuite provisoire de l'activité. Ainsi, des créances postérieures peuvent valablement naître lors d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation des biens sans autorisation de poursuite de l'activité. C'est notamment le cas des frais de justice de l'organe de la procédure collective que nous pensons impossible à cantonner exclusivement dans la période de maintien autorisé de l'activité en procédure liquidative.

Au surplus, en droit français, les créances postérieures nées pendant la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire antérieure au prononcé de la liquidation judiciaire, peuvent être payées à l'échéance pendant la liquidation judiciaire. Ainsi, selon un auteur, avec la liberté des poursuites individuelles, la règle du paiement à l'échéance constitue la meilleure garantie accordée aux créanciers postérieurs⁷⁸⁸. L'AUPC n'a pas déterminé la possibilité de paiement des créances contre la masse du redressement judiciaire converti en liquidation des biens, elle s'est seulement penchée sur la conservation de la priorité de paiement des créanciers contre la masse dans la procédure collective subséquente⁷⁸⁹. En tout état de cause, le fait de tenir compte de la décision de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens pour déterminer le paiement au comptant des créances contre la masse nuirait à l'objectif de paiement et aux droits de ces créanciers. Ainsi, nous pensons que dans la mesure où les créances contre la masse sont traitées par l'AUPC comme des créances hors procédure collective et que le paiement à l'échéance ou au comptant est indépendant du privilège ou de la priorité de paiement, leur paiement doit pouvoir jouer également lors de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. D'où la nécessité de déterminer la mise en œuvre du paiement à l'échéance de créances postérieures en cas de non-paiement spontané, il s'agit alors d'étudier la poursuite individuelle de créances postérieures.

⁷⁸⁸ F. PÉROCHON, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, Gaz. Pal., 08 septembre 2005 n° 251, p. 57.

⁷⁸⁹ Art.142 *in fine* AUPC.

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE : LE DROIT DE POURSUITE DES CREANCES POSTERIEURES

539. Selon le dictionnaire Larousse, le droit de poursuite individuelle est le droit pour un créancier de poursuivre un débiteur à l'issue de la liquidation judiciaire, dans certains cas prévus par la loi⁷⁹⁰.

540. Lorsque la règle du paiement à l'échéance de la créance postérieure n'a pas favorablement joué, c'est-à-dire lorsque la créance n'a pas été immédiatement payée à l'échéance ou au comptant, le créancier a le droit d'exercer des voies contentieuses de droit commun pour se faire payer. De ce fait, dès l'exigibilité de sa créance, et à défaut de paiement, le créancier postérieur peut exercer des poursuites individuelles afin d'en obtenir le paiement. Par conséquent, les juges français ont eu l'occasion de préciser que la fin de la période d'observation par le prononcé de la liquidation judiciaire ne doit pas affecter le droit de poursuite individuelle du créancier postérieur⁷⁹¹. Ainsi, pour le crédit-bail, les loyers impayés avant le jugement d'ouverture se plient à la règle de la suspension de la poursuite individuelle, alors que les loyers échus après le jugement d'ouverture doivent être payés par le syndic et peuvent faire l'objet d'une poursuite individuelle en cas d'impayé⁷⁹².

541. En premier lieu, le droit de poursuite individuelle du créancier postérieur est le résultat d'une tentative d'adaptation du droit commun à la situation du débiteur (Section 1). Cette tentative d'adaptation ne se fait pas sans heurts, puisqu'en deuxième lieu, la situation du débiteur influe sur le droit commun de la poursuite individuelle en la limitant (Section 2).

⁷⁹⁰ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/poursuite/63144/locution>: Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend toute poursuite individuelle d'un créancier dont la créance est antérieure à ce jugement.

⁷⁹¹ CA Versailles, 23 janvier 1997 : Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 22 ; CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1995 : Bull. Aix-en-Provence 1995-2, p. 322.

⁷⁹² M. SAMB et alii, *Rapport final, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, du Burkina Faso, du Mali et du Sénégal*, CREDERSUMA, juillet 2012, p.45. V. également, TGI de Bobo-Dioulasso, Jugement n°323 du 7 novembre 2001, Ohadata J-07-208, obs. J. ISSA-SAYEGH ; CA Ouagadougou, ch. civ., arrêt n°094 du 04 mai 2007, Ohadata J-10-219 ; CA de Zinder, ch. jud., arrêt n°40/bis du 26 juillet 2007, Ohadata J-09-171 ; CA Ouagadougou, ch. civ., arrêt n°096 du 04 mai 2007, Ohadata J-09-53.

Section 1 : L'adaptation du droit de poursuite individuelle à la situation du débiteur

542. Le droit de poursuite individuelle permet au créancier de poursuivre le débiteur en paiement de la créance postérieure, malgré l'ouverture d'une procédure collective. Pour cela, le créancier doit tenir compte de la situation du débiteur, c'est-à-dire la procédure collective ouverte à son encontre, dans le cadre de l'obtention (Paragraphe 1) et de l'exécution du titre exécutoire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'obtention d'un titre exécutoire

543. Le corollaire du droit au paiement à l'échéance est le droit de poursuite individuelle, c'est-à-dire le droit d'être payé au prix de la course⁷⁹³. La doctrine a généralement admis que le droit d'exercer des poursuites individuelles est la suite de la règle du paiement au comptant des créanciers de la masse⁷⁹⁴. De ce fait, le créancier postérieur impayé a le droit d'agir immédiatement en paiement de sa créance en usant des voies d'exécution, sans que puisse lui être opposé l'existence du jugement d'ouverture ou l'exigence du respect de l'ordre des paiements. Ainsi, selon un auteur, la possibilité ouverte au créancier postérieur de recourir aux voies d'exécution du droit commun a pour conséquence, le retour à l'application des règles du droit des obligations contenues dans le Code civil, surtout celles concernant les saisies⁷⁹⁵.

544. Par conséquent, en France, les dispositions du Code de commerce renvoient à celles du droit commun issu de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, telle que modifiée par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution, pour l'exercice du droit de poursuite individuelle des créanciers postérieurs⁷⁹⁶.

⁷⁹³ P.-M. LE CORRE, art. précité, LPA, 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

⁷⁹⁴ G.J. KOUNGA, *Procédures collectives et voies d'exécution*, Université de Yaoundé II, DEA en Droit des Affaires 2003.

⁷⁹⁵ C. BRUNETTI-PONS, *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD Com. 2000 p. 783.

⁷⁹⁶ Com. 20 juin 1989, Bull civ. IV, n°196; RTD com. 1990. 106, obs. A. MARTIN-SERF : « Si une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire n'est pas payée à l'échéance lorsque l'activité est poursuivie, les dispositions des art. 40, 47 et 49 de la loi [C.com., anciens art. L621-32, L621-40 et L621-42] et 61 [dans sa rédaction antérieure au décret du 21 octobre 1994], et 62 du décret n'interdisent pas au comptable du Trésor chargé du recouvrement d'exercer son

Néanmoins, le droit de l'OHADA n'a pas établi de renvoi exprès des dispositions de l'AUPC aux voies d'exécution applicables. Toutefois, il est possible de déduire de la rédaction de l'article 75 alinéa 1 de l'AUPC que la suspension des poursuites individuelles s'étend à tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture sans distinction, d'une part et que d'autre part, les créanciers titulaires d'une créance contre la masse ne sont pas concernés⁷⁹⁷. Ainsi, conformément au principe de la supranationalité des Actes uniformes de l'OHADA, il est d'acception générale que le créancier de la masse dispose des voies d'exécution de droit commun telles que prévues par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE)⁷⁹⁸.

545. Les règles juridiques applicables à l'obtention d'un titre exécutoire par le créancier postérieur étant déterminées, reste à déterminer les exigences préalables à remplir par le créancier postérieur (A) et la procédure qu'il doit suivre dans le cadre de l'obtention du titre exécutoire (B).

A- Les exigences préalables à l'obtention du titre exécutoire

546. Dans la sphère contractuelle, le droit de poursuite individuelle attribué au créancier postérieur permet de confirmer que le contrat est bien un lien de droit qui lie efficacement les parties, même en présence d'une procédure collective. Ainsi, comme l'ont souligné des auteurs, lorsqu'il est possible de régler un créancier qui le demande, tout concours est exclu, puisque l'existence d'un classement des sûretés et privilèges dans le Code civil n'a jamais empêché le paiement d'un créancier chirographaire plus diligent⁷⁹⁹.

547. Cependant, l'obtention d'un titre exécutoire doit également s'adapter aux règles du droit des entreprises en difficulté. Cette adaptation a des influences sur la qualité du créancier postérieur titulaire du droit de poursuite individuelle (1) et sur la forme de la poursuite qui sera engagée (2).

droit de poursuite individuelle, le cas échéant, par voie d'avis à tiers détenteur notifié conformément aux règles fiscales applicables ».

⁷⁹⁷ Art. 75 al. 1 AUPC : « La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur ».

⁷⁹⁸ V. art. 10 Traité de l'OHADA.

⁷⁹⁹ Cf. F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, op. cit.

1) La qualité du poursuivant

548. L'adaptation des conditions préalables à l'obtention d'un titre exécutoire aux règles du droit des procédures collectives met en exergue une distinction concernant le créancier postérieur titulaire du droit de poursuite individuelle. Ainsi, il existe d'une part, des créanciers postérieurs admis et d'autre part, des créanciers postérieurs non admis à poursuivre le débiteur.

a- Les créanciers postérieurs admis à poursuivre le débiteur

549. Pour pouvoir jouir du droit de poursuite individuelle et donc demander et obtenir un titre exécutoire, le créancier postérieur doit être méritant. Ce mérite s'obtient, lorsque la créance a respecté tous les critères exigés pour la naissance d'une créance postérieure. Ainsi, en droit français pour bénéficier de la règle du paiement à l'échéance, et donc du droit de poursuite individuelle, la créance postérieure doit nécessairement être née régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité autorisé, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période⁸⁰⁰. L'ordonnance du 18 décembre 2008, reformant la loi de sauvegarde des entreprises, a quelque peu assoupli les conditions d'exercice du droit de poursuite individuelle, en supprimant la distinction qui subsistait au sein même de la catégorie des créances postérieures régulières étant donné que la référence à la relation obligatoire entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur a été supprimée.

L'obtention de la qualité de créancier postérieure méritant est beaucoup plus simple en droit de l'OHADA, puisque le droit des procédures collectives n'a pas connu la frénésie législative ayant abouti à la sophistication du droit français. Ainsi, l'AUPC exige, pour que la créance soit qualifiée de créance contre la masse, qu'elle naisse régulièrement après le jugement d'ouverture et lors de la continuation de l'activité ou de toute activité régulière du débiteur et/ou du syndic⁸⁰¹.

550. L'exigence de la qualité de créancier postérieure méritant préalable à la demande et à l'obtention d'un titre exécutoire est justifiée par le fait que la garantie de la sauvegarde de l'activité et la procuration du crédit à l'entreprise reviennent aux créances

⁸⁰⁰ C.com., art. L622-17-I et L641-13-I.

⁸⁰¹ Art.117 AUPC.

postérieures⁸⁰². Ainsi, la Cour d'Appel d'Amiens a jugé que le créancier qui a accordé, avec l'autorisation du juge-commissaire, un prêt postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective du débiteur, peut obtenir un titre exécutoire au moyen d'une action en justice condamnant l'entreprise et l'administrateur judiciaire au paiement des sommes dues au créancier prêteur⁸⁰³. Par conséquent, il est de jurisprudence constante que le droit de poursuite individuelle du créancier postérieur n'est pas subordonné à l'établissement d'une liste des créances postérieures non payées à l'échéance⁸⁰⁴. Il n'est pas, non plus, subordonné à l'inscription du créancier sur la liste de créances non payées, lorsqu'il en existe une. La possibilité offerte au créancier postérieur d'obtenir un titre exécutoire ne dépend en aucun cas de l'ordre des privilèges⁸⁰⁵. Dès lors, la liberté des créanciers postérieurs méritants dans le cadre de l'obtention d'un titre exécutoire ne risque-elle pas d'occasionner des difficultés supplémentaires à l'entreprise ?

De notre point de vue, même si la demande et l'obtention d'un titre exécutoire par le créancier postérieur méritant peut occasionner des difficultés supplémentaires à l'entreprise en difficulté, cela ne saurait lui être refusé parce que la possibilité d'exercer des voies d'exécution, à défaut de paiement spontané, est la seule garantie que détiennent les créanciers postérieurs méritants pour accorder, en amont, leur confiance à l'entreprise en difficulté. En effet, Il faut retenir que seuls les créanciers postérieurs méritants sont admis à demander et obtenir un titre exécutoire.

b- Les créanciers postérieurs non admis à poursuivre le débiteur

551. Dans la mesure où seul le créancier postérieur méritant échappe à la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles, ce qui lui permet de demander et d'obtenir un titre exécutoire, les créanciers postérieurs non méritants sont totalement exclus du bénéfice du droit de poursuite individuelle. Par conséquent, leur sort est régi par les règles de la discipline collective.

⁸⁰² CA Poitiers, 14 septembre 1994, Rev. proc. coll. 1995, 304, n°9 obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁸⁰³ CA Amiens, ch. éco. 5 mars 2009, RG n° 07/04059, CGEA - Délégation régionale UNEDIC - AGS Nord Est c/ SA Teintures et apprêts de Saint-Quentin.

⁸⁰⁴ Com. 11 février 1997, Bull. Civ. IV, n°49 ; D. aff. 1997, p.35 ; JCP E 1997, I, 651, obs. M. CABRILLAC.

⁸⁰⁵ Com. 13 juillet 1998, n°94-19.892, Bull. Civ. IV, n°239.

b-1) Les créanciers postérieurs exclus du droit de poursuite individuelle

552. Les créanciers exclus du droit de la poursuite individuelle sont ceux titulaires de créances ne répondant pas aux critères exigés pour la naissance de créances postérieures méritantes.

553. La détermination des créances postérieures irrégulières ne pose pas de problème aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA. Ainsi, en droit français, les créances postérieures irrégulières sont celles qui naissent postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, mais au mépris de règles de partage des pouvoirs ou de l'autorisation de la poursuite de l'activité en liquidation judiciaire.

En droit de l'OHADA, les créances postérieures irrégulières sont des créances postérieures hors la masse parce qu'elles n'ont pas respecté les règles de partage du pouvoir ou l'autorisation de la poursuite de l'activité en liquidation des biens. De ce fait, les créances postérieures irrégulières ne peuvent en aucun cas prétendre au paiement à l'échéance, ni d'ailleurs au bénéfice du droit de poursuite individuelle.

554. Les créances postérieures non méritantes, quant à elles, sont propres au droit français et concerne les créances n'ayant pas respectées les critères téléologiques de naissance des créances postérieures méritantes à savoir pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité.

La distinction entre les créances postérieures irrégulières, donc hors la masse et les créances postérieures non méritantes n'existe pas encore en droit de l'OHADA étant donné que le critère du profit de la créance contre la masse, à la masse des créanciers n'a pas encore été expressément reconnu par l'AUPC. De ce fait, en droit de l'OHADA, les créances postérieures irrégulières et non méritantes se confondent. D'ailleurs à ce propos, nous pensons que cette distinction instaurée par le droit français est une preuve inéluctable de sa sophistication qui conduit à une complexité de la détermination du périmètre et du régime juridique des créances postérieures.

En tout état de cause, nous pensons que la question de la poursuite individuelle des créances postérieures nées de l'exploitation du locataire-gérant n'est pas concernée, puisque l'AUPC et le droit français prévoient que ces créances restent exclusivement à

la charge du locataire-gérant sans solidarité avec le propriétaire du fonds. En outre, ces créances sont de droit commun, donc non concernées par la procédure collective du débiteur, leur exclusion étant simplement justifiée par les principes régissant le contrat de location-gérance, c'est-à-dire le transfert des risques de l'exploitation du propriétaire au locataire-gérant⁸⁰⁶.

b-2) Le sort des créances postérieures exclues du droit de poursuite individuelle

555. L'article L622-21 du Code de commerce prévoit expressément que : « *I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L622-17 et tendant :*

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

II.-Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture ».

L'article L622-7 du même Code ajoute à ce propos que le jugement d'ouverture emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L622-17 du Code de commerce.

Cependant aucune disposition de l'AUPC ne prévoit clairement l'interdiction du paiement, voire de la poursuite individuelle des créanciers postérieurs hors la masse. Pour interdire la poursuite individuelle de ces créanciers, une lecture *a contrario* de l'article 117 de l'AUPC s'impose. En effet l'AUPC prévoit que sont des créances contre la masse, donc bénéficient par ricochet du droit de poursuite individuelle, les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic. Il en ressort que la régularité est un critère prépondérant pour le bénéfice du droit de poursuite individuelle. De ce fait, les créances postérieures hors la masse n'étant pas nées régulièrement, après la décision d'ouverture,

⁸⁰⁶ V. Acte uniforme relatif au Droit Commercial General (AUDCG).

de la continuation de l'activité ou de l'activité du débiteur ou du syndic, le créancier sera soumis aux dispositions de l'article 75 alinéas 1 et 2 de l'AUPC⁸⁰⁷.

En tout état de cause, comme en droit français, les créances postérieures de l'AUPC ne bénéficiant pas de la règle du paiement à l'échéance doivent se plier à la règle de l'interdiction des paiements et à son corollaire, la règle de l'interdiction des poursuites individuelles. Par conséquent, le créancier titulaire des ces créances ne peut pas demander et obtenir un titre exécutoire en vue de l'exercice d'une voie d'exécution sur les biens du débiteur. Cependant, il est intéressant de se demander sous quelle forme l'action en obtention d'un titre exécutoire du créancier admis se fera, eu égard à la procédure collective à laquelle le débiteur fait face.

2) La forme de l'action du créancier poursuivant

556. La question de l'obtention, en justice, du titre exécutoire, pose le problème de la détermination de la forme de l'action qui sera intentée par le créancier admis à poursuivre le débiteur pour paiement. Pour les juges français, il peut aussi bien s'agir d'une action au fond que d'une action en référé-provision⁸⁰⁸. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis la possibilité pour le salarié d'intenter une action au fond ou en référé-provision à condition qu'aucune contestation sérieuse ne se présente⁸⁰⁹. A titre d'exemple d'une contestation sérieuse, aucune discussion ne doit s'élever sur la question de l'acceptation, même implicite, de la régularisation par l'administrateur judiciaire du contrat passé par le dirigeant social⁸¹⁰. Au surplus, le sursis à statuer pour cause d'extension de la procédure ne doit pas bloquer la demande en paiement et ce, afin de ne pas faire naître des créances superprivilégiées prioritaires à la créance postérieure dont le paiement est demandé⁸¹¹.

⁸⁰⁷ Art. 75 al. 1 et 2 AUPC : « La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur. La suspension des poursuites individuelles s'applique également aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque sous réserve des dispositions des articles 134 alinéa 4, 149 et 150 alinéas 3 et 4 ci-dessous ».

⁸⁰⁸ Com. 10 juillet 1990, n°88-19.810, Bull. Civ. IV, n°202 ; Com. 9 avril 1991, n°89-16.742, Bull. Civ. IV, n°137.

⁸⁰⁹ Soc. 27 octobre 1998, n°95-44.146, Bull. Civ. V, n°480.

⁸¹⁰ Com. 5 décembre 2006, n°04-20.078, inédit, Rev. Proc. Coll. 2007/1, n°6, p.44, note Ch. LEBEL.

⁸¹¹ CA Paris, 14^e ch. B, 23 mai 2003, RG n°2002/20237.

En droit de l'OHADA, la question n'a pas été tranchée de manière expresse. Il est alors question de rechercher dans le droit interne de chaque Etat membre de l'OHADA, les dispositions guidant la forme de l'action que le créancier pourrait exercer contre la masse. Cela contribuerait au retour de l'insécurité juridique et judiciaire, sauf à recourir, à titre de raisonnement analogique, à l'article 49 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE, applicable en matière d'exécution, qui prévoit que : « *La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* »⁸¹². Ces dispositions ont introduit un débat doctrinal pour déterminer le juge compétent et par conséquent connaître la forme de l'action que le créancier contre la masse pourrait intenter. Pour les uns, le juge de l'article 49 est un juge des référés, alors que pour les autres, il ne s'agit pas d'un juge des référés ordinaire car il ne tient pas sa compétence de l'urgence, mais statue comme en matière d'urgence⁸¹³. Cependant, à la lecture de ces dispositions, nous pensons que l'action qui sera intentée par le créancier contre la masse sera vraisemblablement une action en référé, car la lecture de l'article 49 de l'AUPSRVE fait montre du caractère urgent de la mesure d'exécution et de surcroît l'action en obtention du titre exécutoire du créancier contre la masse va se trouver également soumise à ce critère d'urgence dans la mesure où elle est intentée en présence d'une procédure collective, enfermée dans des délais procéduraux.

De ce raisonnement découle une différence considérable existe entre le droit français et le droit de l'OHADA concernant la détermination de la forme de l'action que peut intenter le créancier postérieur méritant en vue de l'obtention d'un titre exécutoire. Le droit français admet aussi bien une action au fond qu'une action en référé, alors que le droit de l'OHADA se limite à l'action en référé. Ainsi, la forme retenue par le droit de l'OHADA nous semble mieux correspondre à l'exigence de rapidité attachée aux procédures collectives, dans la mesure où l'action en référé par son caractère urgent incite à un traitement rapide de la demande. Par ailleurs, l'action en référé empêche que le créancier contre la masse puisse attendre longtemps, eu égard à l'engorgement des tribunaux, pour obtenir son titre exécutoire, surtout que le législateur de l'OHADA a fait le choix de la déjudiciarisation de certaines procédures, le recours au tribunal n'est

⁸¹² C'est nous qui soulignons.

⁸¹³ M. SAMB et alii, rapp. Précité, p.83.

envisagé que dans les cas de contestations soulevées par le débiteur⁸¹⁴. Contrairement au droit français, nous pensons que dans cette hypothèse les contestations doivent être sérieuses. Il paraît dès lors nécessaire que le législateur français s'inspire de son homologue de l'OHADA et exiger exclusivement une action en référé pour la demande et l'obtention d'un titre exécutoire par le créancier postérieur méritant. Cependant, l'action en référé n'est pas suffisante, lorsque l'exécution devrait porter sur un immeuble. En effet, en tant que décision provisoire rendue en matière d'urgence, le référé est incompatible avec les caractéristiques de la propriété d'un immeuble. En somme, en matière de poursuite portant sur l'exécution d'un immeuble, l'action sera intentée au fond, alors que l'action en référé sera préférée dans les autres cas. Une fois les exigences préalables, concernant la qualité du créancier poursuivant et la forme de l'action qu'il peut intenter, réunies, le créancier postérieur peut valablement engager la procédure en vue de l'obtention d'un titre exécutoire.

B- La procédure d'obtention du titre exécutoire

557. La procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur influe également sur la détermination des règles gouvernant la procédure d'obtention d'un titre exécutoire. Dès lors, deux questions se posent. Il s'agit d'une part, de savoir comment l'action sera exercée. Et d'autre part, de déterminer le tribunal compétent pour connaître de l'action en obtention d'un titre exécutoire.

1) L'exercice de l'action du créancier postérieur

558. La question de l'exercice de l'action en obtention d'un titre exécutoire du créancier postérieur consiste à se demander contre qui, du débiteur ou de l'organe de la procédure collective, sera dirigée l'action ?

La réponse à cette question dépend fortement de la disponibilité des droits. Alors, il sera distingué selon que le débiteur est soumis à une procédure à caractère liquidatif ou non.

a- Dans les procédures collectives non liquidatives

559. Pour déterminer la personne contre laquelle l'action du créancier postérieur sera dirigée, il faut faire la distinction selon que l'on se trouve dans la période avant l'arrêté

⁸¹⁴ Loc. cit.

d'un plan ou l'homologation du concordat ou que le plan ou le concordat ait été arrêté ou homologué.

a-1) Avant l'arrêté d'un plan ou l'homologation du concordat

560. En période d'observation, c'est-à-dire lors de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en droit français, la situation diffère selon qu'un administrateur judiciaire a été ou non désigné et selon la mission qui lui a été assignée par le jugement d'ouverture. Lorsqu'un administrateur judiciaire n'a pas été désigné, en sauvegarde ou en redressement judiciaire, c'est le débiteur qui exerce librement ses droits. Ainsi, l'action du créancier postérieur sera dirigée contre le débiteur. Lorsqu'un administrateur judiciaire a été désigné, la distinction se fera selon la mission assignée à l'administrateur. L'action sera ainsi introduite contre l'administrateur s'il dispose d'une mission de représentation en redressement judiciaire. Elle sera dirigée contre l'administrateur et le débiteur, lorsque l'administrateur a une mission d'assistance en sauvegarde et en redressement judiciaire. Enfin, l'action sera dirigée contre le débiteur lorsque l'administrateur a une simple mission de surveillance en sauvegarde. Cependant, il faut signaler à ce niveau que les dispositions de l'article L622-23 du Code de commerce selon lequel, *« les actions en justice et les procédures d'exécution autres que celles visées à l'article L622-21 sont poursuivies au cours de la période d'observation à l'encontre du débiteur, après mise en cause du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il a une mission d'assistance ou après une reprise d'instance à leur initiative »*, ne sont pas applicables à la poursuite individuelle des créanciers postérieurs dans la mesure où l'action a été inéluctablement intentée postérieurement au jugement d'ouverture⁸¹⁵.

En droit de l'OHADA, conformément à l'article 52 de l'AUPC, la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en

⁸¹⁵ C.com., art. L622-21 : *« I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :
1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;
2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.
II.-Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.
III.-Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus »*.

liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens. Dès lors, en cas de redressement judiciaire du débiteur, l'action sera dirigée concomitamment contre le débiteur et le syndic. Cependant, comme l'article L622-23 du Code de commerce, l'article 75 *in fine* de l'AUPC disposant que : « *Les actions et les voies d'exécution non atteintes par la suspension ne peuvent plus être exercées ou poursuivies au cours de la procédure collective qu'à l'encontre du débiteur assisté du syndic en cas de redressement judiciaire (...)* », n'est pas applicable à la poursuite individuelle des créanciers contre la masse, puisque l'action a été intentée postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Le recours dirigé, en redressement judiciaire concomitamment contre le débiteur et le syndic est identique au recours admis en droit français, lorsque l'administrateur judiciaire a une mission d'assistance. En revanche, nous remarquons que la pluralité de missions pouvant être assignées à l'administrateur judiciaire fait encore une fois preuve de la sophistication du droit français des procédures collectives. En effet, la solution du droit de l'OHADA a le mérite de la simplicité car en redressement judiciaire, c'est-à-dire, lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements, la situation est claire, l'action ne peut être dirigée exclusivement contre le débiteur ou contre le syndic, leur concours commun étant nécessaire.

a-2) Après arrêté d'un plan ou l'homologation du concordat

561. Après le jugement qui arrête le plan de sauvegarde ou de continuation, le débiteur redevient maître de ses affaires. Ainsi, la jurisprudence française a retenu que : « *Le jugement arrêtant le plan de cession [de sauvegarde ou de redressement] de l'entreprise mettant fin, dès son prononcé, à la période de l'observation, le débiteur retrouve la totalité de ses pouvoirs, sous réserve de ceux qui sont attribués à l'administrateur pour la mise en œuvre du plan et au commissaire à l'exécution du plan pour veiller à l'exécution de celui-ci* »⁸¹⁶.

En droit de l'OHADA, le débiteur redevient à la tête de ses affaires après l'homologation du concordat. Il ressort de ce qui précède, une ressemblance entre les

⁸¹⁶ Soc. 20 janvier 1993, Bull. civ. V, n°16 ; D. 1994. Somm. 40, obs. F. DERRIDA. Soc. 3 mars 1994, Rev. proc. coll. 1994. 232, obs. B. SOINNE. Soc. 13 juin 2001, Act. Proc. coll. 2001, n°199. V. également, Civ. 3^e, 7 juin 2001, Act. proc. coll. 2001 ; n°212, obs. REGNAUT-MOUTIER.

dispositions du Code de commerce et de l'AUPC, puisque la décision qui arrête le plan ou homologue le concordat permet au débiteur de recouvrer tous ses pouvoirs. Cependant, l'article 136 de l'AUPC précise que : « Dès lors que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux articles 131 à 133 ci-dessus »⁸¹⁷. Contrairement au droit français qui retient uniquement le jugement arrêtant le plan, le droit de l'OHADA exige que la décision d'homologation soit passée en force de chose jugée, c'est-à-dire que le débiteur ne redevient à la tête de ses affaires que lorsque la décision homologuant le concordat n'est plus susceptible d'une voie de recours suspensive. En effet, l'article 129 de l'AUPC prévoit que la décision d'homologation du concordat peut faire l'objet d'un appel formé dans les quinze jours par le représentant du ministère public uniquement. Ainsi, bien que l'article L661-1 du Code de commerce prévoie que les décisions statuant sur l'arrêté du plan de sauvegarde ou du plan de redressement sont susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel et le ministère public, le droit français ne lie pas le retour des pouvoirs du débiteur au caractère exécutoire du jugement arrêtant le plan. En effet, le plan est, en droit français, exécutoire, à titre provisoire, de plein droit⁸¹⁸. Néanmoins, en droit de l'OHADA, le débiteur ne recouvre ses pouvoirs qu'après l'écoulement d'un délai de quinze jours. En conséquence, l'exigence du caractère exécutoire de la décision d'homologation du concordat retarde de quelques jours le recouvrement des pouvoirs du débiteur, toutefois nous pensons que cette exigence est liée à la préservation de l'intérêt général des créanciers dans la mesure où le représentant du ministère public n'interjettera appel que lorsque la préservation de l'intérêt général a été gravement compromise par les propositions contenues dans le concordat.

562. Par ailleurs, après l'arrêté du plan ou le passage en force de chose jugée de la décision homologuant le concordat, c'est-à-dire après que le débiteur a recouvré ses pouvoirs, le recours du créancier sera dirigé contre lui. Par conséquent, la désignation par le tribunal d'un commissaire à l'exécution du plan ne change pas l'exercice de

⁸¹⁷ C'est nous qui soulignons.

⁸¹⁸ Il en est de même de l'ordonnance de référé. V. CPC, art. 489.

l'action du créancier postérieur contre le débiteur⁸¹⁹, puisque la jurisprudence française a reconnu que le commissaire à l'exécution du plan n'a pas pour mission de représenter ou d'assister le débiteur⁸²⁰. Nous pensons que la même solution s'applique aux contrôleurs ou au syndic désigné par le tribunal pour veiller à la surveillance du concordat⁸²¹.

563. En droit français, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, lorsqu'un plan de cession totale a été arrêté en redressement judiciaire, la cession avait pour effet de dissoudre la société, un mandataire *ad hoc* ou un liquidateur amiable était désigné pour remplacer le débiteur personne morale. Donc c'était *in fine* contre le mandataire *ad hoc* ou le liquidateur amiable qu'était dirigée l'action du créancier postérieur. Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, conformément à l'article L631-22 du Code de commerce, à la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. Lorsqu'un plan de cession a été arrêté en redressement judiciaire, le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur, donc l'action sera dirigée exclusivement contre lui⁸²².

La situation n'a pas été résolue de la même manière en droit de l'OHADA où la cession de l'entreprise ne peut être que partielle étant donné que la cession globale n'intervient qu'en liquidation des biens⁸²³. Cette solution pose la problématique concernant l'intérêt de la cession globale de l'activité en redressement judiciaire, lorsque le débiteur est inapte ou frappé d'une interdiction d'exercer ou de diriger une entreprise. En effet, en droit de l'OHADA, en matière de cession, le débiteur est soit en redressement judiciaire sans possibilité de cession globale, soit en liquidation des biens avec la possibilité de cession globale. De toute façon, la cession partielle d'actif, d'entreprise ou d'établissement du débiteur ne peut être envisagée que dans le concordat de redressement lui-même⁸²⁴. Par conséquent, il n'existe pas de plan de cession autonome

⁸¹⁹ C.com., art. L626-25.

⁸²⁰ Com. 3 juillet 2004, n°01-16.034, Bull. Civ. IV, n°158.

⁸²¹ Art.128 et 138 AUPC.

⁸²² C.com., art. L631-22 al. 1 *in fine*.

⁸²³ Art.160 et s. AUPC.

⁸²⁴ Art. 131 AUPC : « Lorsque le concordat comporte des offres de cession partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1er ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est d'un mois. La cession partielle d'actif peut concerner un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou

car la cession intervient dans le concordat de redressement soumis à l'homologation. Ainsi, le débiteur demeure soumis à l'exercice de l'action du créancier postérieur après que la décision de l'homologation du concordat comportant une cession partielle est passée en force de chose jugée.

b- Dans les procédures collectives liquidatives

564. Comme dans le cadre de la conversion du redressement en liquidation des biens ou du prononcé de la liquidation des biens, dans l'AUPC, le dessaisissement est un effet spécifique à la procédure de liquidation judiciaire⁸²⁵. Ainsi, le dessaisissement consiste à la perte des pouvoirs de gestion du débiteur sur ses biens et à sa représentation par le syndic ou le liquidateur. De ce fait, le dessaisissement permet, en toute logique, au créancier postérieur de diriger son action contre le syndic en liquidation des biens ou contre le liquidateur en liquidation judiciaire.

Pour que l'action puisse normalement prospérer, il faut déterminer le tribunal compétent.

2) Le tribunal compétent

565. Se pose alors la question de la compétence d'attribution en matière d'exercice de l'action en vue de l'obtention du titre exécutoire. Le droit des procédures collectives a-t-il également une influence sur la compétence du tribunal ? Pour répondre à cette question, et à défaut de solution précise, le raisonnement par déduction semble s'imposer.

Ainsi, en droit français, la détermination de la nature antérieure ou postérieure de la créance ou les discussions liées au domaine d'application de la règle du paiement à l'échéance, en tant que question préjudicielle, relèvent de la compétence du tribunal de

immeubles. La cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Lorsque la cession partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue par l'article 122 ci-dessus. Le syndic est chargé de faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées par une décision du Juge-commissaire ».

⁸²⁵ Art. 75 in fine AUPC : « Les actions et les voies d'exécution non atteintes par la suspension ne peuvent plus être exercées ou poursuivies au cours de la procédure collective qu'à l'encontre du débiteur (...) représenté par le syndic en cas de liquidation des biens ».

la faillite, c'est-à-dire du tribunal de commerce ou du Tribunal de Grande Instance selon le cas. Cette compétence se justifie par le fait que les règles du droit des procédures collectives sont indispensables pour trouver une solution à la question principale, à savoir le recouvrement de la créance postérieure⁸²⁶. Cependant, lorsqu'aucune question préjudicielle n'a été soulevée, c'est le cas de l'action en obtention d'un titre exécutoire, la question n'a pas été tranchée par le droit français⁸²⁷. En général, l'attraction de la compétence du tribunal de la faillite prévue par l'article R662-3 du Code de commerce pose deux hypothèses pour déterminer si l'action sera ou non de la compétence du tribunal de la faillite⁸²⁸. En premier lieu, lorsque l'action est une action qui n'aurait pu naître sans le jugement d'ouverture de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le droit de la faillite va y exercer son incidence. En effet, l'issue de l'action dépendra des règles de la procédure collective et par conséquent, elle sera du ressort du tribunal de la faillite⁸²⁹. C'est le cas des actions et des sanctions spécifiques au droit des procédures collectives. En second lieu, lorsque le droit des procédures collectives n'exerce pas d'influence sur l'action, puisque l'action aurait pu naître en dehors du jugement d'ouverture de la sauvegarde, du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire, elle ne sera pas du ressort du tribunal de la faillite. A cette seconde hypothèse, il faut ajouter toutes les actions qui ont été exclusivement dévolues à une autre juridiction⁸³⁰. Néanmoins, eu égard au retour du droit commun dans la mise en œuvre du droit de poursuite individuelle, il nous semble inéluctable que la juridiction de droit commun sera compétente pour connaître de l'action en obtention du titre exécutoire. En ce sens, ce sont les dispositions du Code de procédure civile qui seront appliquées⁸³¹.

En droit de l'OHADA, c'est l'article 3 de l'AUPC qui délimite la compétence d'attribution en prévoyant que : « *Le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale.*

⁸²⁶ C.com., art. R662-3. : « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance* ».

⁸²⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°455-43, p.778.

⁸²⁸ C.com., art. R662-3.

⁸²⁹ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°312.21 et 312.31

⁸³⁰ Rapport B. SOINNE, n°599-1.

⁸³¹ V. CPC., art. 33 à 41.

Cette juridiction est également compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que celles concernant la faillite personnelle et les autres sanctions, à l'exception de celles qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales et sociales ».

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 3 de l'AUPC établit une extension de la compétence de la juridiction compétente afin de permettre à cette juridiction de connaître de toutes les contestations, sauf celles relevant, en vertu d'une disposition d'ordre public, d'une autre juridiction. Cependant, en procédant à une lecture des actions concernées par cette extension, nous remarquons que les actions en poursuite individuelle des créanciers contre la masse n'ont pas été citées par la doctrine⁸³². Cela nous permet de conclure que ces actions relèvent strictement des dispositions distinctes d'ordre public issues du droit commun, donc des Codes de procédure civile de chaque Etat membre de l'OHADA. Cela a pour effet de rendre difficile, voire complexe la détermination du tribunal que le créancier contre la masse devra saisir afin d'obtenir le titre exécutoire sous-tendant la mise en œuvre de son droit de poursuite individuel⁸³³. Néanmoins, le titre exécutoire obtenu, à défaut de paiement spontané des créances postérieures, devra être exécuté par le créancier postérieur détenteur.

Paragraphe 2 : L'exécution du titre exécutoire

566. La priorité est logiquement attribuée au paiement des créances postérieures, car une entreprise en difficulté qui ne peut garantir le paiement de son passif postérieur ne peut avoir la chance d'être redressée. Ainsi, le créancier postérieur tout en ayant le droit d'obtenir un titre exécutoire a aussi le droit de le faire exécuter par l'entremise d'un huissier de justice. Par conséquent, comme dans le cadre de l'obtention du titre exécutoire, l'exercice de la saisie (B), finalité du droit de la poursuite individuelle, est soumise à la réunion de certaines exigences (A).

⁸³² V. notes sous article 3 AUPC, OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, p.894-895.

⁸³³ CA Ouagadougou, arrêt n°40 du 14 septembre 1999, SONAPHARM c/ SOPAL, Ohadata J-02-48. CA Abidjan, ch. civ. et com., arrêt n°389 du 10 avril 2001, Aff. Société EMAUCI c/ Dame Aminata Touré et six autres, Ohadata J-02-85. Voir également, TRNY, ordonnance de référés n°67/TR/NY/2001 du 10 avril 2001, Ohadata J-02-124. V. pour plus de détails, F. ONANA ETOUNDI, OHADA : *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA (1997-2010)*, « Pratique et Contentieux de Droit des Affaires », octobre 2011, p.162-187.

A- Les exigences de l'exécution du titre exécutoire

567. La procédure collective que connaît le débiteur n'exonère pas le créancier postérieur de la présentation d'un titre exécutoire nominatif fondant l'exercice de la mesure exécutoire (1). Par ailleurs, l'ordre des privilèges, pierre de voûte de la faveur accordée aux créances postérieures, ne peut être opposé au créancier postérieur (2).

1) *L'existence d'un titre exécutoire nominatif*

568. En vertu de l'article 42 de la loi du 9 juillet 1991, devenu l'article L211-1 du Code des procédures civiles d'exécution depuis l'ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011 : « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévue par le code du travail* ». De même, conformément à l'article 33 de l'AUPSRVE, dans tous les cas, le créancier souhaitant poursuivre l'exécution devra produire le document écrit attestant l'existence de son titre exécutoire. Ainsi, l'AUPSRVE permet à tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, de saisir les biens de son débiteur⁸³⁴. L'exigence d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible est la condition *sine qua non* à toutes les saisies exécutoires tendant au recouvrement d'une créance. De ce fait, les juges camerounais ont décidé que : « *Il ne peut y avoir lieu à nullité et par conséquent à mainlevée d'une saisie-attribution de créance pour inexistence du titre exécutoire fondant cette saisie, lorsqu'il est prouvé que ce titre existe et qu'il est constitué par une décision de justice arrêtant le montant des intérêts d'une créance et dont le point de départ de l'exigibilité est fixé en application des textes spécifiques applicables en matière d'assurance* »⁸³⁵.

Cependant, une difficulté apparaît en droit français, en matière d'avis à tiers détenteur où le Trésor public doit nécessairement disposer d'un titre exécutoire, à défaut, le tiers

⁸³⁴ B. MARTOR et alii, op. cit., n°1100, p.236.

⁸³⁵ CA Littoral, arrêt n°104/REF du 26 mai 2008, affaire La Société Générale de Banques au Cameroun c/ Succession YEMTSA MOUSSA, Ohadata J-09-146. V. également, CA Niamey, arrêt n°95 du 4 octobre 2006, affaire El Hadji R. S. c/ El Hadji A. O. et CARITAS Développement Niger, Ohadata J-10-286, obs. J. ISSA-SAYEGH. CCJA, arrêt n°44/2009 du 12 novembre 2009, R. CCJA n°14, juillet-décembre 2009, Ohadata J-10-180, p.8 ; CA Abidjan, 5^e chambre civile et commerciale, arrêt n°486 du 3 mai 2005, Affaire CIE c/ Mr N'GORAN n'GUESSAN et autres, Ohadata J-09-346 ; CCJA, arrêt n°013/2005 du 24 février 2005. Aff. LOTENY TELECOM c/ KOFFI SAHOOT Cédric.

détenteur peut légitimement refuser le paiement⁸³⁶. Force est de constater que les juridictions de fond, par mégarde ou méconnaissance de la règle applicable, ordonnent la mainlevée des saisies portant sur un actif prioritairement affecté aux créances privilégiées⁸³⁷, d'où la censure constante de la Cour de cassation⁸³⁸.

569. Outre l'existence du titre exécutoire, la jurisprudence française exige que le titre soit nominatif, c'est-à-dire qu'il désigne nommément le débiteur objet de la procédure de saisie. C'est en ce sens que la Cour de cassation a affirmé que les poursuites ne peuvent être entreprises à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas désigné par le titre exécutoire, même en cas de solidarité⁸³⁹. Qu'en est-il en droit de l'OHADA ?

Contrairement au droit français, le droit de l'OHADA ne prévoit pas expressément l'exigence que le titre exécutoire soit nominatif. Cependant, il nous est permis de constater, à la lumière des articles 69, 77, 153 et 157 de l'AUPSRVE, que l'indication des noms, prénoms et domicile du saisi est exigée dans tous les actes d'huissier concernant la saisie. Nous pouvons en déduire que le titre exécutoire fondant la saisie doit, au préalable, désigner le débiteur et non pas le syndic même en liquidation des biens. Il ressort de ce qui précède que le titre exécutoire fondant la saisie du créancier postérieur doit désigner personnellement le débiteur et non pas l'organe de la procédure collective.

2) L'inopposabilité de l'ordre des privilèges

570. Selon la jurisprudence française, l'exécution du titre exécutoire ne dépend pas de l'ordre d'exercice des privilèges⁸⁴⁰. En d'autres termes, il importe peu de savoir si le créancier postérieur prime ou non un autre créancier. Pour la jurisprudence, l'ordre de paiement établi par la loi permet simplement de « *départager les créanciers qui viendraient en concours au même moment* »⁸⁴¹.

L'AUPC et la jurisprudence de l'OHADA n'ont pas prévu l'inopposabilité de l'ordre des privilèges lors de l'exécution du titre exécutoire obtenu par le créancier contre la

⁸³⁶ Civ. 2^e, 23 novembre 2000, n°98-18.921, Bull. Civ II, n°154.

⁸³⁷ CA Versailles, 16^e ch., 28 octobre 2004, RG n°03/08469.

⁸³⁸ Com. 7 mars 2006, n°04-20.106, inédit, n°314 F-D, Gaz. proc. coll., p.24, obs. L.-C. HENRY.

⁸³⁹ Civ. 2^e, 19 mai 1998, Bull. Civ. II, n°161, D.1998, p.405.

⁸⁴⁰ CA Poitiers, 8 mars 1995, D. 1996, p. 256, note F. DERRIDA ; Com. 13 octobre 1998, n°94-19.892, Bull. Civ. IV, n°239 ; Com. 6 juillet 1999, Act. proc. coll. 2002/3, n°41 ; Com. 7 mars 2006, n°04-20.106, inédit, n°314 F-D, Gaz. proc. coll. 2006/3, p.24, obs. L.-C. HENRY.

⁸⁴¹ Com.13 mai 2003, n°98-22.741, Bull. Civ. IV, n°72.

masse. Le silence du législateur de l'OHADA peut s'expliquer par l'absence de qualification, de la cause de préférence des créanciers contre la masse, de privilège⁸⁴². En outre, le régime de l'exercice du titre exécutoire du créancier postérieur suit celui de la règle du paiement à l'échéance étant donné que l'ordre des causes de préférence ne doit pas empêcher à un créancier plus diligent de se faire payer. Ainsi, l'ordre de paiement des créances ne doit pas avoir pour objectif d'empêcher le jeu normal de l'effet attributif immédiat attaché à la saisie-attribution ou à l'avis à tiers détenteur, puisqu'il permet de mettre en échec les exigences du classement général des créanciers⁸⁴³.

En effet, le principe de l'indépendance de la règle du paiement à l'échéance, par rapport à l'ordre des privilèges, permet au créancier postérieur, qui a obtenu le paiement de sa créance, de ne pas avoir à répéter sa demande en paiement en se fondant sur un rang préférable d'un créancier qui ne pourrait pas obtenir le paiement de sa créance. Il a d'ailleurs été rappelé dans une espèce, que : « *Dans l'exercice de son droit de paiement à l'échéance, la banque peut exercer son droit de poursuite individuelle, obtenir un titre exécutoire et l'exercer. Le paiement ainsi obtenu ne laisse pas la place à l'exercice du privilège et au respect de l'ordre des privilèges. Ce n'est qu'à défaut de paiement que la banque aurait dû faire jouer le privilège de procédure et aurait dû respecter leur ordre* »⁸⁴⁴.

Il serait dès lors intéressant de déterminer l'exercice des saisies par le créancier postérieur.

B- L'exercice de la saisie

571. La multiplicité des saisies ouvertes au créancier bénéficiaire du paiement à l'échéance a donné lieu à de vives discussions jurisprudentielles⁸⁴⁵, puisque le droit de

⁸⁴² V. infra, n°634 et s.

⁸⁴³ Com. 26 mars 1996, n°94-16.167, inédit titré, Rev. proc. coll. 1996, 346, n°2, obs. P. CANET ; Com. 25 juin 1996, n°94-20.850, inédit titré, D. 1996, p.615, note F. DERRIDA ; Com. 3 juin 1997, n°95-14.348, inédit, Rev. proc. coll. 1997, 458, n°9, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Com. 24 novembre 1998, n°95-17.967, inédit titré, Act. proc. coll. 1999/1, n°5 ; Com. 26 avril 2000, n°97-13.887, inédit, D. 2000, AJ, p. 247 ; obs. A. LIENHARD ; Com. 17 novembre 1998, n°98-21.157, inédit titré, Rev. proc. coll. 2002, p.210, n°9, obs. Ph. NEAU-LEDUC ; Com. 13 novembre 2002, n°00-11.200, Bull. Civ. IV, n°164 ; Com. 13 mai 2003, n°98-22.741, Bull. Civ. IV, n°72.

⁸⁴⁴ Com. 7 septembre 2010, n° 09-66595, Gaz. Pal., 08 janvier 2011 n° 8, p. 28, note L.-C. HENRY.

⁸⁴⁵ CA Poitiers, 8 mars 1995, D. 1996, p. 256, note F. DERRIDA ; CA Dijon, 6 juin 1995, Rev. proc. coll. 1996, 346, obs. P. CANET ; CA Toulouse, 27 février 1996, Rev. proc. coll. 1996, 346, obs. P. Canet -

poursuite individuelle soustrait les créances concernées à l'ordre de classement de créances postérieures⁸⁴⁶. Ainsi, les saisies que le créancier postérieur pourra exercer peuvent être indistinctement, des saisies des meubles corporels ou incorporels, voire des saisies immobilières⁸⁴⁷. Dans le cadre de l'exercice du droit de poursuite individuelle du créancier postérieur méritant, la saisie se déroulera conformément au droit commun. Le retour au droit commun permet d'écarter toute autorisation du juge-commissaire en cas de carence du liquidateur comme il est question en matière de reprise des poursuites individuelles des créanciers antérieurs inscrits⁸⁴⁸. De ce fait, la question qui va se poser principalement est de savoir, quelles voies d'exécution les créanciers postérieurs peuvent pratiquer?

En droit de l'OHADA, lors de la procédure de redressement judiciaire, le débiteur est assisté par le syndic, alors qu'en liquidation des biens, le débiteur est dessaisi et représenté par le syndic.

Les règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et l'organe de la procédure collective existent également en droit français. Par conséquent, il apparaît que seules les voies d'exécution qui ne demandent pas une intervention directe du débiteur peuvent être exercées.

572. C'est dans ce cadre que nous limiterons notre étude aux deux mesures d'exécution fréquemment utilisées à savoir, la saisie conservatoire (1) et la saisie-attribution (2). A ces deux mesures d'exécution, nous déciderons d'ajouter la possibilité qu'a le créancier de mettre en œuvre l'exception d'inexécution avant toute saisie des biens du débiteur (3).

1) La saisie conservatoire

573. La saisie conservatoire permet à un créancier de saisir de manière provisoire les biens de son débiteur. En outre, elle permet de placer sous main de justice les biens du débiteur, afin que celui-ci n'en dispose ou ne les fasse disparaître. En ce sens, elle a une double finalité. D'une part, elle sert de moyen de pression sur un débiteur réfractaire et d'autre part, elle protège le créancier contre toute éventuelle déconfiture du débiteur. En

Contra CA Montpellier, 2e ch. A, 2 mai 1995, Rev. proc. coll. 1996, 79, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; CA Douai, 9 novembre 1995, Rev. Proc. Coll. 1996, 64, obs. P. CANET.

⁸⁴⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., 7^e éd., n°608.

⁸⁴⁷ Art. 54 AUPSRVE.

⁸⁴⁸ V. supra, n°537 et s.

effet, la saisie conservatoire peut être pratiquée sur des biens meubles corporels ou incorporels du débiteur. Sur les biens meubles incorporels, il peut s'agir soit de la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, soit de la saisie des créances. La saisie conservatoire des créances qui nous intéresse ici comporte une spécificité qui ne lui empêche pourtant pas de produire les effets escomptés.

a- La spécificité de la saisie conservatoire

574. La principale caractéristique de la saisie conservatoire est qu'elle peut être exercée en l'absence d'un titre exécutoire⁸⁴⁹. Ainsi, la saisie conservatoire peut, être exercée par toute personne dont la créance paraît fondée en son principe, lorsqu'elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement⁸⁵⁰. En revanche, conformément aux dispositions de l'AUPSRVE et du Code des procédures civiles d'exécution, le créancier devra solliciter de la juridiction compétente l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable. Néanmoins, l'autorisation judiciaire du tribunal n'est pas requise pour le créancier postérieur détenteur d'un titre exécutoire et qui tient à pratiquer une mesure conservatoire.

Cependant, l'article L511-2 du Code de procédures civiles d'exécution ajoute que le créancier titulaire d'une décision de justice n'ayant pas encore la force exécutoire peut procéder à une saisie conservatoire sans avoir besoin d'une autorisation judiciaire préalable⁸⁵¹. L'AUPSRVE ne prévoit pas cette possibilité, puisque son article 33 prévoit expressément que constituent des titres exécutoires, les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute⁸⁵². Il en découle que, puisque les décisions juridictionnelles démunies de la formule exécutoire n'ont pas la force exécutoire, elles ne sont pas des titres exécutoires et leur titulaire aura besoin d'une autorisation préalable aux fins de l'exercice d'une saisie conservatoire.

⁸⁴⁹ CA Versailles, 13^e ch., 23 janvier 1997, Gaz. Pal. 25-26 juillet 1997, somm., p.23.

⁸⁵⁰ Art.54 AUPSRVE et C. pr. civ. ex., art. L511-1.

⁸⁵¹ C. Proc. civ. ex., art. L511-2 : « Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles ».

⁸⁵² Art. 34 AUPSVRE : « Lorsqu'une décision juridictionnelle est invoquée à l'égard d'un tiers, il doit être produit un certificat de non appel et de non opposition, mentionnant la date de la signification de la décision à la partie condamnée, émanant du greffier de la juridiction qui a rendu la décision dont il s'agit ».

b- La notification de la saisie conservatoire

575. En droit français, le Code des procédures civiles d'exécution prévoit dans son article R522-5 que : « *Si la saisie conservatoire est pratiquée entre les mains d'un tiers, il est procédé comme il est dit aux articles R221-21 à R221-29, sauf en ce qui concerne le premier alinéa de l'article R221-21 et l'article R221-26 qui ne sont pas applicables* ». Cette disposition renvoie à la signification de l'acte de saisie au tiers.

En droit de l'OHADA, conformément à l'article 77 de l'AUPSRVE, le créancier procède à la saisie au moyen d'un acte d'huissier ou d'agent d'exécution signifié au tiers détenteur des sommes objet de la saisie conservatoire. Ainsi, « *Il y a violation de l'article 33 de l'AUPSRVE lorsqu'une saisie conservatoire n'a pas été signifiée (...). Par conséquent, la conversion de celle-ci en saisie attribution doit être déclarée nulle* »⁸⁵³. Il ressort de cette jurisprudence que lorsque les pouvoirs du tiers sont affectés par la procédure collective, la signification doit se faire conformément au respect des règles de partage du pouvoir⁸⁵⁴. Ainsi, en redressement judiciaire, la signification sera faite au débiteur et au syndic simultanément. En liquidation des biens, c'est le syndic qui reçoit la signification.

En droit français, la signification sera faite au débiteur lorsqu'un administrateur n'a pas été désigné et lorsqu'un administrateur a été désigné selon la mission qui lui a été assignée. Si l'administrateur a une mission de surveillance, c'est le débiteur qui recevra la signification. Lorsque la mission de l'administrateur est une mission d'assistance, la signification sera faite au débiteur et à l'administrateur en même temps. Lorsque l'administrateur représente le débiteur, il est le seul à recevoir la signification. En cas de liquidation judiciaire, la signification sera faite exclusivement au liquidateur.

576. En outre, aussi bien en France que dans l'espace de l'OHADA, la saisie doit être, à peine de caducité, dénoncée par acte d'huissier ou d'agent d'exécution, dans un délai de huit jours, au débiteur⁸⁵⁵. En effet, « *L'absence de dénonciation dans les délais prévus par l'article 79 AUPSRVE de la saisie conservatoire de créance pratiquée est une irrégularité l'exposant à la sanction de caducité* »⁸⁵⁶. En situation de procédure

⁸⁵³ TGI Mfoundi, jugement civil n°483 du 24 mai 2000, Aff. SCB-CL c/ KOOUMA Mva, BEAC, Me KEDI, Ohadata J-04-215.

⁸⁵⁴ V. infra, n°579.

⁸⁵⁵ Art. 79 AUPC et C. proc. civ. d'ex, art. R523-3.

⁸⁵⁶ TPI Yaoundé Centre Administratif, ordonnance n°482/C du 2 septembre 2008, Aff. EYONE Luc c/

collective, cette dénonciation doit se faire conformément aux règles du partage des pouvoirs. En droit de l'OHADA, la dénonciation sera faite au débiteur et au syndic en redressement judiciaire et au syndic en liquidation des biens.

En droit français, la dénonciation sera faite au débiteur lorsqu'un administrateur n'a pas été désigné et lorsqu'un administrateur a été désigné selon la mission qui lui a été assignée. Si l'administrateur a une mission de surveillance, c'est le débiteur qui recevra la dénonciation. Lorsque la mission de l'administrateur est une mission d'assistance, la dénonciation sera faite au débiteur et à l'administrateur en même temps. Lorsque l'administrateur représente le débiteur, il est le seul à recevoir la dénonciation. En cas de liquidation judiciaire, la dénonciation sera faite exclusivement au liquidateur.

577. Lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par le juge ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée⁸⁵⁷. En effet, la principale conséquence de la saisie conservatoire consiste à rendre les biens saisis indisponibles. En ce sens, elle ne favorise pas le paiement du créancier. Pour une pleine efficacité de paiement, une conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution est nécessaire.

Ainsi, l'article L532-2 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que : « *Si la saisie conservatoire porte sur une créance, le créancier, muni d'un titre exécutoire, peut en demander le paiement. Cette demande emporte attribution immédiate de la créance saisie jusqu'à concurrence du montant de la condamnation et des sommes dont le tiers saisi s'est reconnu ou a été déclaré débiteur* ». Un acte de conversion de saisie conservatoire en saisie-attribution est nécessaire et doit faire l'objet d'une signification au débiteur et au tiers saisi⁸⁵⁸. La signification se fera conformément aux règles de partage des pouvoirs en procédure collective selon les cas⁸⁵⁹. De ce fait, les saisies

NGO SOM julienne et autres, Ohadata J-09-219. V. également, TPI de Bafoussam, ordonnance de référé n°67 du 07 mai 2004, Aff. Cameroon Insurance SA c/ TSOTÉZO Etienne, SGBC, Me TCHINDA Pierre, Ohadata J-05-14. Pour le droit français : Civ. 2^e, 6 mai 2004, Bull. civ. II, n° 217; D. 2004. IR 1646; Procédures 2004, n° 151, note PERROT; Dr. et proc. 2004. 284, note PUTMAN; JCP 2004. II. 10150, note SALATI; RD banc. fin. 2004, n° 215, note S. PIEDELIEVRE; Defrénois 2004. 1549, note LEFORT; Gaz. Pal. 11-13 sept. 2005, p. 19, note BRENNER.

⁸⁵⁷ Art. 57 AUPSRVE et C. proc. civ. ex, art. L523-1.

⁸⁵⁸ C. proc. civ. ex., art. R523-7 et R523-8 ; art. 82 et 83 AUPSRVE.

⁸⁵⁹ V. supra, n°575.

engagées contre le débiteur seront nécessairement dénoncées au liquidateur en cas de conversion et lorsque la saisie n'a pas joué au jour de la liquidation judiciaire.

En tout état de cause, les dispositions du Code des procédures civiles d'exécution et de l'AUPC opèrent un renvoi aux dispositions concernant l'acte de la saisie-attribution. A l'analyse de ces dispositions, il est permis de déduire qu'après la conversion, la saisie produit les effets d'une saisie-attribution.

2) La saisie-attribution

578. La saisie-attribution est la voie d'exécution forcée qui permet à un créancier de saisir entre les mains d'un tiers, appelé tiers saisi, les créances portant sur une somme d'argent autres que les créances de rémunération du travail et de se faire attribuer lesdites sommes dès l'exploit de saisie. Ainsi, la saisie-attribution, emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée et sur tous ses accessoires, mais pour ce montant seulement, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers⁸⁶⁰. Avant d'étudier les conséquences de la notification de la saisie-attribution, la détermination du tiers saisi est indispensable.

a- La détermination du tiers saisi

579. Pour la jurisprudence française, le tiers saisi est celui qui détient des sommes dues au débiteur saisi en vertu d'un pouvoir propre et indépendant, même s'il les détient pour le compte d'autrui⁸⁶¹. Ainsi, pour certains auteurs, le préposé du débiteur saisi n'est pas un tiers saisi dans la mesure où un lien de subordination existe entre eux⁸⁶².

Le droit de l'OHADA utilise la notion de tiers saisi sans en donner la définition. C'est la jurisprudence qui précise que : « *Il résulte de la combinaison des articles 153 et 156 de l'AUPSRVE que le tiers entre les mains de qui le créancier peut procéder à la saisie est le débiteur du débiteur* »⁸⁶³. Dans une autre affaire, les juges ont décidé que : « *En décidant que l'absence de fonds appartenant à Monsieur Hamadi Mohamed dans les*

⁸⁶⁰ Art.154 AUPSRVE et C. proc. civ. ex., L211-2.

⁸⁶¹ G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, 7^e éd., A. Colin, n°239.

⁸⁶² S. GUICHARD et T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution*, 2007-2008, Dalloz Action, 5^e, D.2007, n°813.11, p.681.

⁸⁶³ CA de Niamey, arrêt n°100 du 25 octobre 2006, affaire CAREN assurances SA c/ SNTN SAEM et SNTV SA, Ohadata J-10-292.

livres du Trésor Public selon les indications du Trésorier General dans sa lettre du 19 mars 2007 prive celui-ci de la qualité de tiers saisi (...) »⁸⁶⁴.

580. Le droit des procédures collectives peut avoir une incidence sur le tiers saisi. Il s'agit donc de savoir si l'organe de la procédure collective peut être un tiers saisi, au sens du Code des procédures civiles d'exécution et l'AUPSRVE. Dans ce cas, la détermination du tiers saisi doit se faire conformément à la nature liquidative ou non de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur.

a-1) Dans les procédures collectives non liquidatives

581. Lorsque l'administrateur ou le liquidateur, a la qualité de tiers saisi⁸⁶⁵, il pourra être condamné lorsque, eu égard à sa qualité de tiers saisi, il ne met pas à la disposition du créancier les informations qu'il dispose sur les sommes détenues entre ses mains⁸⁶⁶. De toute évidence, le tiers saisi doit être le débiteur du débiteur ; autrement dit, le tiers saisi représente la personne morale ou la personne physique détenant des sommes d'argent appartenant au débiteur défaillant. Dans cette hypothèse, on peut facilement admettre, de la part du créancier contre la masse, la mise en œuvre d'une saisie-attribution à l'encontre du syndic dépositaire de sommes appartenant au débiteur.

582. Pour un auteur, le commissaire à l'exécution du plan ne peut détenir des fonds appartenant au débiteur qu'en qualité de tiers car il n'a pas en principe le pouvoir de le représenter⁸⁶⁷.

Parallèlement, en droit de l'OHADA, l'article 128 de l'AUPC prévoit que la juridiction compétente peut désigner ou maintenir en fonction les contrôleurs pour surveiller l'exécution du concordat de redressement ou, à défaut de contrôleurs, le syndic⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ CCJA, arrêt n°04/2011 du 8 décembre 2011 : Aff. BINCI SA c/ Etat du Niger ; V. également, CCJA, arrêt n°09/2005 du 27 janvier 2005, Aff. Société AFROCOM-Ci c/ CITIBANK, Ohadata J-05-191, Recueil de jurisprudence de la CCJA, n°5, janvier-juin 2005, vol. 1, p.56.

⁸⁶⁵ Com. 1^{er} avril 2003, n°99-18.063, Bull. Civ. IV, n°53.

⁸⁶⁶ Loc. cit.

⁸⁶⁷ Com. 25 juin 1996, D. 1996, p.615, note F. DERRIDA.

⁸⁶⁸ Art. 48 AUPC : « A toute époque, le Juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois.

Toutefois, la nomination de contrôleurs est obligatoire à la demande des créanciers représentant, au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées. Dans ce cas, le Juge-commissaire désigne trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires.

Aucun parent ou allié du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme

Par leur mission qui consiste à surveiller l'exécution du concordat de redressement, les contrôleurs de l'exécution n'ont pas pour vocation de représenter le débiteur, d'autant plus que celui-ci a recouvré ses pouvoirs dès le passage en force de chose jugée de la décision d'homologation.

Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 138 de l'AUPC ajoute que la mission des contrôleurs peut comporter le paiement des dividendes aux créances, ce qui les rend également détenteurs des fonds du débiteur en qualité de tiers.

Ainsi, les sommes détenues par le commissaire à l'exécution du plan, après arrêté du plan, ou les contrôleurs après l'homologation du concordat peuvent faire l'objet d'une saisie. La jurisprudence française a reconnu la saisie-attribution des sommes détenues par le commissaire à l'exécution du plan et non encore consignées⁸⁶⁹. Cela pose une difficulté supplémentaire dans la mesure où le commissaire à l'exécution du plan, comme les contrôleurs de l'exécution du concordat, a l'obligation de consigner ou de déposer toutes sommes qu'il reçoit. Le dépôt ou la consignation se fait selon les cas à la Caisse des dépôts et consignations ou dans le compte spécial du concordat. Dans ce cas, quelles sommes pourraient être saisies par le créancier postérieur méritant ?

Nous pensons que le créancier ne peut saisir les sommes qu'avant leur dépôt ou leur consignation, puisqu'après dépôt ou consignation, la saisie ne peut plus favorablement jouer⁸⁷⁰. Cependant, dans le cadre du prix de cession dû par un repreneur, le commissaire à l'exécution du plan ou les contrôleurs sont créanciers des sommes. De ce fait, la saisie sera engagée entre les mains du cessionnaire sous réserve de l'indisponibilité de la quote-part du prix de cession affectée à l'exercice des droits de préférence, donc insaisissable.

contrôleur. Les contrôleurs peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur proposition du Juge-commissaire. Après révocation, le Juge-commissaire nomme leurs remplaçants ».

⁸⁶⁹ CA Paris, 8^e ch. B, 5 novembre 1998, SNC Clément c/Blanc Bleu, inédit - *Contra* CA Paris, 8^e ch. A, 13 janvier 1998, D. 1998, p.194, note F. DERRIDA ; CA Paris, 8^e ch. B, 7 mai 1998, D. Aff.1998, p. 1050.

⁸⁷⁰ V. infra, n°596 et s.

a-2) Dans les procédures collectives liquidatives

583. Par l'effet du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, c'est le liquidateur qui le représente exclusivement⁸⁷¹. Par ailleurs, en liquidation des biens, c'est le syndic qui a le monopole de la représentation du débiteur. Ainsi, en liquidation judiciaire, le liquidateur détenteur des sommes a la qualité de tiers saisi⁸⁷². La solution vaut également en droit de l'OHADA lorsque le syndic détient des sommes appartenant au débiteur.

Néanmoins, le liquidateur ou le syndic n'a pas la qualité de tiers saisi lorsqu'il est créancier de sommes détenues sur l'acquéreur d'un bien vendu en liquidation judiciaire, voire la cession globale en liquidation des biens. Dans ce cas, la saisie peut valablement prospérer entre les mains de l'acquéreur⁸⁷³.

D'ailleurs, le droit français précise qu'en cas de cession d'actifs en liquidation judiciaire, le cessionnaire ne devient débiteur qu'à compter de la passation de l'acte de cession, donc le créancier postérieur ne peut engager une saisie contre le cessionnaire avant cette date⁸⁷⁴.

La même solution semble être retenue par le droit de l'OHADA concernant la cession globale d'actifs en liquidation des biens dans la mesure où l'article 162 *in fine* de l'AUPC prévoit que : « *Le syndic passe les actes nécessaires à la réalisation de la cession* ».

b- La notification de la saisie-attribution

584. Pour que l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution puisse favorablement prospérer, une information du débiteur et du tiers saisi est obligatoire. Cette obligation d'information se trouve également touchée par l'effet de l'ouverture d'une procédure collective.

⁸⁷¹ Com. 11 décembre 2001, n°98-22.569, inédit titré, Act. proc. coll. 2002/5, n°65; Civ. 2e, 5 avril 2001, D. 2001, AJ, p. 1467, note A. LIENHARD ; CA Caen, 28 janvier 2003, RG n°01/01946, RD banc. Et fin. 2003/5, p.296, n°197, obs. J.-M. DELECCI.

⁸⁷² Civ. 2e, 5 avril 2001, Bull. Civ. II, n°73; D. 2001, p.1467, obs. A. LIENHARD; Com. 13 mai 2003, n°98-22.741, Bull. Civ. IV, n°72.

⁸⁷³ Com. 17 novembre 1998, n°96-21.157, inédit titré, Act. proc. coll. 1999/1, n°6.

⁸⁷⁴ Com. 8 janvier 2002, n°98-22.3773, inédit titré, Act. proc. coll. 2002/7, n°89.

b-1) La signification de la saisie-attribution

585. La signification est la notification officielle d'une assignation à comparaître en justice ou d'une décision de Justice qui est faite par acte d'huissier. Ainsi, la saisie-attribution ou l'avis à tiers détenteur ne peut être mis en œuvre qu'après la signification de l'acte de saisie au tiers⁸⁷⁵. Les règles de partage des pouvoirs entre le débiteur et l'organe de la procédure collective ont une influence sur la signification lorsque ce dernier a la qualité de tiers saisi.

586. Lorsque l'organe de la procédure collective a la qualité de tiers saisi, la signification se fera en période d'observation selon qu'un administrateur a été désigné ou non. En l'absence de désignation d'un administrateur judiciaire, la signification se fera au débiteur. Lorsqu'un administrateur judiciaire a été désigné, la situation sera différente selon la mission assignée à l'administrateur. En cas de mission de surveillance, la signification se fera au débiteur. Lorsque la mission est une mission d'assistance, ce qui est également la solution en redressement judiciaire telle que prévue par l'AUPC, la signification se fera concomitamment au débiteur et à l'administrateur ou au syndic. Lorsque l'administrateur a une mission de représentation, la notification sera faite à l'administrateur judiciaire. En tant que tiers saisi, la signification sera également faite au commissaire à l'exécution du plan ou aux contrôleurs de l'exécution du concordat de redressement.

587. En liquidation judiciaire, la signification doit être faite au liquidateur judiciaire lorsqu'il a la qualité de tiers saisi. Il en est de même en liquidation des biens où la signification sera faite au syndic ayant la qualité de tiers saisi. En revanche, la saisie ne doit pas être délivrée au liquidateur ou au syndic à titre personnel mais *ès qualités*. C'est dans ce cadre que les juges français ont ordonné la mainlevée de la saisie pratiquée entre les mains du liquidateur à titre personnel⁸⁷⁶.

588. Tout comme le droit français, le droit de l'OHADA prend en compte l'hypothèse de la pluralité de saisies. En effet, les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément et lorsque les

⁸⁷⁵ C. proc. civ. ex., art. R211-1 et art. 157 AUPSRVE.

⁸⁷⁶ Com. 3 février 1998, n°96-15.773, Bull. Civ. IV, n°51.

sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours.⁸⁷⁷

b-2) La dénonciation de la saisie

589. La dénonciation est la notification d'un acte de procédure à une personne qui a intérêt à le connaître, bien qu'elle n'y ait pas été partie. Conformément aux articles R211-3 du Code de procédures civiles d'exécution et 160 de l'AUPSRVE, la saisie-attribution doit être dénoncée au débiteur par acte d'huissier de justice dans un délai de huit jours, à peine de caducité⁸⁷⁸. En effet, la dénonciation doit être faite conformément aux règles de partage des pouvoirs⁸⁷⁹.

590. La saisie doit être dénoncée dans le délai de huit jours, à peine de caducité, au débiteur à la tête de ses biens, à l'administrateur ou au débiteur et à l'administrateur⁸⁸⁰.

La dénonciation se fait, en droit de l'OHADA, au débiteur et à l'administrateur concomitamment⁸⁸¹.

La jurisprudence française a également déclaré caduques les saisies non dénoncées dans les huit jours à l'administrateur qui assiste le débiteur⁸⁸². Par ailleurs, le commissaire à l'exécution du plan sera le tiers saisi sans que la saisie lui soit dénoncée, puisqu'il n'a pas pour vocation de représenter le débiteur⁸⁸³. Il en est de même concernant les contrôleurs de l'exécution du concordat de redressement dans la mesure où la décision d'homologation du concordat emporte la fin de l'assistance du débiteur.

591. La dénonciation au débiteur doit être faite, dès la liquidation judiciaire, à son liquidateur⁸⁸⁴. Il en est de même en liquidation des biens où la dénonciation sera faite au

⁸⁷⁷ Art.155 de l'AUPSRVE et C. proc. civ. ex., art. L211-2.

⁸⁷⁸ Cette exigence n'est pas applicable à l'avis à tiers détenteur. V. Com. 3 oct. 2006, Bull. civ. IV, n° 199.

⁸⁷⁹ TGI Grenoble, JEX, 27 juin 1994, JCP 1995, II, 22417, note R. MARTIN: « *Un créancier dont la créance est née postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire de son débiteur, par suite de l'exécution d'un contrat de crédit-bail en cours, peut pratiquer la saisie-attribution d'une créance de son débiteur sur un tiers. Cette saisie doit être dénoncée dans les huit jours au représentant des créanciers à peine de caducité* ».

⁸⁸⁰ Civ. 2^e, 8 décembre 2011, BICC 1er avril 2012, n°415 : « *Une cour d'appel, qui ordonne la mainlevée de la saisie parce qu'elle n'avait pas été une nouvelle fois dénoncée à l'administrateur judiciaire désigné avec mission d'assistance une fois le débiteur saisi mis en redressement judiciaire, viole l'art. 58 [devenu C. pr. exéc., art. R. 211-3], dès lors qu'elle constatait que la saisie-attribution avait été dénoncée, dans le délai légal, au débiteur à la tête de ses biens* ».

⁸⁸¹ TPI de BAFANG, Ordonnance n°45/Ord/TPI/03-04 du 21 septembre 2004, Ohadata J-05-148

⁸⁸² CA Paris, 8^e ch. B, 24 novembre 2005, RG n°05/07472.

⁸⁸³ Com. 8 décembre 1998, n°96-15.450, inédit titré, Act. proc. coll. 1999/2, n°22.

⁸⁸⁴ Com. 4 mars 2003, Bull. Civ. IV, n°33; D. 2003, AJ 907, obs. A. LIENHARD.

syndic exclusivement. A cet égard, les juges français ont décidé que : « *Doit être cassé l'arrêt qui a ordonné la mainlevée de la saisie-attribution en retenant que la dénonciation de la saisie, même si le débiteur et le tiers saisi sont les mêmes personnes, est indispensable et que cette formalité n'ayant pas été respectée, la saisie-attribution est caduque. En statuant ainsi, alors que le liquidateur judiciaire est habilité à recevoir l'acte par lequel lui est, à la fois, signifiée la saisie en sa qualité de tiers saisi et lui est dénoncée la saisie en sa qualité de représentant du débiteur, la cour d'appel a violé l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985 et les articles 56 et 58 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 [devenus respectivement C. pr. exéc., art. R. 211-1 et R. 211-3]* »⁸⁸⁵.

Dans tous les cas, avant de mettre en œuvre une mesure d'exécution, le créancier postérieur a la possibilité de faire jouer l'exception d'inexécution lorsque le débiteur n'a pas respecté ses engagements.

3) L'exception d'inexécution

592. En droit civil, l'exception d'inexécution est un moyen de défense mis en place pour le créancier d'une obligation contractuelle en cas d'inexécution de son cocontractant. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, lorsque le débiteur d'une obligation contractuelle ne l'exécute pas, le créancier de cette obligation peut à son tour refuser d'exécuter ses obligations tant que son débiteur ne s'exécute pas. Tout en étant un moyen de pression du créancier de l'obligation contre son cocontractant, l'exception d'inexécution est une garantie contre l'inexécution définitive de l'obligation.

593. En droit de l'OHADA, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution a été expressément prévue par l'AUPC conformément aux dispositions de l'article 108 alinéa 2 qui prévoit que : « *Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution (...)* ».

En revanche en droit français, le Code de commerce n'a pas expressément prévu ce mécanisme. Ainsi, pour juger de la possibilité de faire jouer l'exception d'inexécution, il faut une lecture *a contrario* des dispositions destinées aux créanciers antérieurs. En effet, l'alinéa 2 de l'article L622-13 du Code de commerce prévoit que le cocontractant d'une entreprise doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur

⁸⁸⁵ Civ. 2^e, 5 avr. 2001, Bull. civ. II, n° 73; D. 2001. AJ 1467, obs. A LIENHARD; Dr. et proc. 2001. 320, obs. E. PUTMAN.

d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. La jurisprudence a ajouté que le défaut d'exécution des engagements antérieurs au jugement d'ouverture n'ouvre donc droit au profit des créanciers qu'à déclaration de passif⁸⁸⁶. Il faut en déduire que l'exception d'inexécution est exclusivement interdite aux créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. Cette interdiction, faute de précision, ne vaut pas pour les créanciers postérieurs qui ont alors le droit de faire jouer l'exception d'inexécution lorsque le cocontractant, le débiteur, fait défaut dans l'exécution de ses obligations postérieures au jugement d'ouverture.

594. L'exercice de l'exception d'inexécution suppose simplement la coexistence d'obligations réciproques et interdépendantes, en d'autres termes, un contrat synallagmatique. Au surplus, la créance ne doit pas avoir été préalablement exécutée, c'est-à-dire que le créancier postérieur ne doit pas avoir été payé par le débiteur et/ou le syndic. Cela est logique, puisque la créance payée au comptant ou à l'échéance démontre l'exécution de l'obligation du cocontractant, son défaut constitue une inexécution contractuelle.

595. Dans la mesure où le créancier postérieur peut prendre des sûretés, donc des garanties, afin d'assurer le paiement de sa créance, la fonction de garantie de l'exception d'inexécution est importante pour le créancier. L'importance de ce mécanisme prévu par le Code civil provient du fait qu'il s'exerce sans aucun recours en justice, donc avant toute mise en jeu du droit de poursuites individuelles reconnu aux créanciers postérieurs. Cependant, le grand désavantage de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est qu'elle est provisoire et ne saurait donc perdurer dans le temps, d'où l'importance de l'exercice du droit de poursuites individuelles des créanciers postérieurs. Néanmoins, outre l'adaptation nécessaire du droit commun des voies d'exécution aux règles du droit des procédures collectives, ces dernières ont tendance à limiter le domaine de l'exercice du droit de poursuite individuelle.

⁸⁸⁶ Com. 28 juin 2011, n°10-19463.

Section 2 : La limitation du droit de la poursuite individuelle par la situation du débiteur

596. En principe, la règle du paiement à l'échéance ou au comptant des créances postérieures ne doit faire l'objet d'une quelconque restriction dans la mesure où la loi établit le principe de la liberté de saisie. Cependant, certaines exigences du droit des procédures collectives ont pour objectif de limiter le droit de poursuite individuelle des créanciers postérieurs. C'est en ce sens que l'évolution législative, en France a permis de rendre indisponibles les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations.

Par ailleurs, le législateur de l'OHADA, de son côté, a prévu l'ouverture d'un compte spécial de la procédure collective sur lequel sont déposées les sommes recueillies par le syndic au titre de la procédure collective, mais il n'a pas déterminé le sort des sommes déposées sur ce compte.

Il paraît dès lors opportun d'étudier séparément le sort des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations (Paragraphe 1) et celui des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations

597. En France, le sort des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations a été l'objet d'une longue évolution législative. Ainsi, la situation est différente sous l'empire de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (A) et depuis le 18 septembre 2000 (B).

A- La situation sous l'empire de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985

598. Sous l'empire de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985, le sort des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations étaient astreint à une obligation de consignation (1) assortie d'une interdiction de toute opposition (2).

1) L'obligation de consignation

599. La consignation consiste à déposer une somme d'argent auprès d'un établissement public. Ainsi, l'article L621-33 alinéa 1^{er} du Code de commerce,

applicable sous l'empire de la loi de 1985, prévoyait que : « *Toute somme perçue par l'administrateur ou le représentant des créanciers qui n'est pas portée sur les comptes bancaires ou postaux du débiteur, pour les besoins de la poursuite d'activité, doit être versée immédiatement en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations* ». En effet, la présente disposition pose l'obligation pour l'administrateur judiciaire ou le mandataire de justice de verser à la Caisse des dépôts et consignations toutes les sommes perçues par lui et non utilisées directement dans le cadre de la continuation de l'activité de l'entreprise.

600. Cependant, à défaut, de dépôt de ces sommes à la Caisse des dépôts et consignations dans les meilleurs délais, l'alinéa 2 du même article prévoit que : « *En cas de retard, l'administrateur ou le représentant des créanciers doit, pour les sommes qu'il n'a pas versées, un intérêt dont le taux est égal au taux de l'intérêt légal majoré de cinq points* ». Le deuxième alinéa de l'article L621-33 du Code de commerce introduit une sanction qui consiste à la majoration spéciale du taux d'intérêt légal. Ainsi, le taux d'intérêt légal spécialement majoré est personnellement dû par le mandataire ou l'administrateur judiciaire négligeant.

2) *L'interdiction de toute opposition*

601. L'interdiction de toute opposition a évolué, sous l'empire du décret du 21 octobre 1994, avant d'être déclarée illégale.

a- *L'évolution de la notion d'opposition*

602. A côté de l'obligation de consignation des sommes perçues par l'administrateur et le mandataire de justice, l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 tel que modifié par le décret du 21 octobre 1994 prévoyait que : « *Aucune opposition ou procédures d'exécution de quelque nature qu'elle soit sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations n'est recevable* ».

603. Il faut signaler qu'au départ l'irrecevabilité consacrée par l'article 173 ne concernait que les oppositions. C'est la jurisprudence qui a décidé d'élargir le champ

d'application de la restriction aux saisies-attributions de sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations⁸⁸⁷. C'est dans ce cadre que a été cassé, l'arrêt énonçant que :

*« Si, selon l'article 173, dans sa rédaction antérieure au Décret du 21 octobre 1994, aucune opposition n'est recevable sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations, le terme «opposition» n'a plus de signification en procédure d'exécution depuis l'entrée en vigueur [le 1^{er} janv. 1993] de la L. n° 91-650 du 9 juillet 1991 [codifiée au C. pr. exéc. à compter du 1^{er} juin 2012], de sorte que les effets dudit article 173 ne peuvent être étendus à la saisie-attribution instituée par cette loi, alors que l'article 173 interdisait toute opposition, et, par là même, toute saisie-attribution ou avis à tiers détenteur sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations »*⁸⁸⁸.

En outre, les juges ont affirmé que : *« L'article 173 interdit toute opposition ou procédure d'exécution de quelque nature que ce soit, et par là même toute saisie-attribution ou avis à tiers détenteur sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations, de sorte que n'est pas recevable l'avis à tiers détenteur délivré au liquidateur, pour obtenir l'attribution de sommes versées à ladite Caisse »*⁸⁸⁹. Dès lors, dans la mesure où la liquidation d'une astreinte n'est pas une mesure d'exécution, les juges ont décidé que la poursuite de la liquidation de l'astreinte n'est pas interdite même si les sommes provenant de la vente des actifs du débiteur sont consignées à la Caisse des dépôts et consignations⁸⁹⁰. Cependant, produit ses effets l'avis à tiers détenteur notifié au commissaire à l'exécution du plan alors que les fonds, déposés à la banque, n'avaient pas encore été transférés à la Caisse des dépôts et consignations⁸⁹¹.

b- L'illégalité de l'interdiction de toute opposition

604. Dans une observation sous l'arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1994, un auteur a soulevé l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 173 du décret du 27

⁸⁸⁷ Com. 5 mai 1998, n°96-15.780, Bull. Civ. IV, n°143; Com. 8 décembre 1998, n°96-15. 460, inédit titré, Act. proc. coll. 1999/1, n°7; Com. 5 février 1999, Act. proc. coll. 1999/4, n°53 - *Contra* CA Rennes, 21 mars 1996, Rev. proc. coll. 1997, 37, obs. P. CANET; CA Grenoble, 19 juillet 1995, Rev. proc. coll. 1996, 220, n°4, obs. P. CANET.

⁸⁸⁸ Com. 22 avril 1997, Bull. civ. IV, n° 104; D. 1997. 371, note F. DERRIDA; D. Affaires 1997. 737; Quot. jur. 22 mai 1997, p. 6, note P. M.; Rev. dr. bancaire 1997. 135, obs. CAMPANA et CALENDINI; Rev. proc. coll. 1997. 459, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁸⁸⁹ Com. 6 juillet 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 218.

⁸⁹⁰ Com. 2 octobre 2001, n°98-21.165, inédit, DPDE, Bull. 217, 5 novembre 2001.

⁸⁹¹ Com. 8 décembre 1998, D. Affaires 1999. 131, obs. A. L. V. également, Instr. DGI (BOI 127C 1-99, 15 avr. 1999; JCP E 1999, n° 18-19, p. 829; Annonces de la Seine, 3 mai 1999, p. 1, obs. LAGARDE.

décembre 1985⁸⁹². Il se trouve que cette observation n'a pas été admise, voire retenue par la jurisprudence⁸⁹³.

Quelques années plus tard et dans le cadre d'une question préjudicielle, le Conseil d'Etat a considéré que : « *En instituant, par l'article 173, un régime d'insaisissabilité des sommes reçues par le liquidateur dans l'exercice de ses fonctions au nom de l'entreprise mise en liquidation et déposées à la Caisse des dépôts et consignations, l'autorité réglementaire est intervenue dans une matière réservée au législateur. Par suite, les dispositions de l'article 173 sont entachées d'illégalité* »⁸⁹⁴. Il en ressort que la règle issue de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 était illégale, puisqu'elle était explicitement contraire au texte de l'article 34⁸⁹⁵ de la constitution qui permet à la

⁸⁹² Com. 8 février 1994, n°90-22.138, inédit titré, D. 1994, jur. p.609, note F. DERRIDA.

⁸⁹³ CA Amiens, 18 novembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, 160, n°13, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁸⁹⁴ CE 9 février 2000, D. 2000. AJ 136, obs. A. LIENHARD; JCP 2000. II. 10314, note CROZE et MOUSSA; LPA 16 mars 2000, p. 19, obs. LAGARDE; Procédures 2000, n° 123, obs. CROZE; RTD com. 2000. 724, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸⁹⁵ Art. 34 de la constitution française du 4 octobre 1958 telle que modifiée par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République : « *La loi fixe les règles concernant :*

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'Etat.

loi de déterminer le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales⁸⁹⁶. C'est sur ce fondement que la Cour de cassation a décidé d'écarter l'application de l'article 173 aux saisies-attributions et avis à tiers détenteur qui ont été effectués avant la déclaration d'illégalité de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985⁸⁹⁷. Ainsi, dans une affaire où un créancier a reproché au liquidateur l'inexécution d'une décision qui était pourtant exécutoire, la Cour a écarté la responsabilité du liquidateur parce qu'à la date de l'introduction du grief concernant l'absence d'exécution de la décision de justice, le liquidateur s'était conformé à la loi et à la jurisprudence en vigueur⁸⁹⁸. Cette situation a quelque peu changé avec la codification du 18 septembre 2000.

B- La situation depuis 18 septembre 2000

605. La codification du 18 septembre 2000 a eu une influence sur l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (1). Par ailleurs, la codification a conduit à la naissance de la situation actuellement applicable (2).

1) L'influence de la codification

606. Lors de la codification du 18 septembre 2000, le législateur a érigé en texte législatif, les dispositions déclarées illégales de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985. Ce procédé a été longuement critiqué parce qu'en l'espèce, c'est une loi qui consacre une disposition réglementaire, qui de plus a été déclarée illégale.

Le Conseil d'Etat n'a pas déclaré l'illégalité de l'ordonnance de codification en décidant le rejet du recours formé contre l'ordonnance parce que : *« En codifiant les dispositions de l'article 173 dans la partie législative du Code de commerce, le gouvernement, loin de méconnaître l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du Conseil d'État du 9 février 2000, a procédé aux modifications rendues nécessaires par cette décision, afin d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, ainsi que l'y habilitait la*

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ».

⁸⁹⁶ CE, 9 février 2000, 7^e et 5^e s-sect., n°192271, LPA 30 Août 2000, n°173, p.4, concl. H. SAVOIE.

⁸⁹⁷ CA Colmar, 3^e ch. A, 9 avril 2002, RD banc. Et fin. 2003/4, p. 215, n°124, obs. F.-X. LUCAS ; Com. 26 avril 2000, n°97-16.953, Bull. Civ. IV, n°85 ; Com. 20 juin 2000, Act. proc. coll. 2000/15, n°190.

⁸⁹⁸ Com. 12 octobre 2004, n°02-10.213, inédit.

loi du 16 décembre 1999 »⁸⁹⁹. Par ailleurs, la loi du 3 janvier 2003 a méconnu la difficulté en ratifiant l'ordonnance de codification du 18 septembre 2000⁹⁰⁰.

607. La jurisprudence a continué à écarter l'application de l'article L627-1 du Code de commerce, codifiant l'article 173 décret du 27 décembre 1985, aux saisies et avis à tiers détenteur pratiqués avant son entrée en vigueur⁹⁰¹. Cependant, la question de la légalité de la disposition législative n'appartient pas au juge judiciaire bien qu'il ne puisse appliquer l'article L627-1 du Code de commerce à une saisie-attribution antérieure à la codification, dans la mesure où : *« L'annulation de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 était sans incidence sur l'article L627-1 du Code de commerce, peu important l'identité de leur contenu, la Cour d'appel a apprécié la légalité de cette dernière disposition alors de nature réglementaire »*⁹⁰².

2) La situation actuelle

608. L'article L662-1 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises, reprend la solution de l'article L627-1 ancien du même Code en prévoyant qu' : *« Aucune opposition ou procédure d'exécution de quelque nature qu'elle soit sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations n'est recevable »*.

Par ailleurs, l'obligation de consignation des sommes perçues à la Caisse des dépôts et consignations concerne tous les organes de la procédure collective⁹⁰³. En tout état de cause, la même solution de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 a été quasi-reconduite sous l'empire de la loi de sauvegarde telle que modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 dans l'article L622-8 du Code de commerce, puisqu' *« En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations »*. Ainsi, les juges

⁸⁹⁹ CE 27 mai 2002, D. 2002. AJ 2188, obs. LIENHARD; Act. proc. coll. 2002, n° 180, obs. BOUTIN; RD banc. fin. 2002, n° 192, obs. F.-X. LUCAS; JCP E 2003, n° 6, p. 271, obs. Ph. PETEL; RTD com. 2003. 372, obs. A. MARTIN-SERF.

⁹⁰⁰ L'Ordonnance n° 2000-912 du 18 sept. 2000 a été ratifiée par la Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003, art. 50-I (JO 4 janvier).

⁹⁰¹ Com. 20 février 2001, n°98-13.049, Bull. civ. IV, n°43; Com. 3 avril 2001, n°98-13.657, inédit titré, RD banc. Et fin. 2001/4, p. 237, n°165, obs. J.-M. DELLECI; Com. 13 mai 2003, n°01-15.133, inédit titré; CA Paris, 3^e ch. B, 3 juin 2005, RG n°2003/15419, Gaz. Proc. Coll. 2005/3, p. 26, obs. L.-C. HENRY.

⁹⁰² Civ. 1re, 13 novembre 2003, n°01-12.446, Bull. Civ. I, n°232.

⁹⁰³ Pour l'administrateur et le mandataire judiciaire (C.com., art. L622-18) pour le commissaire à l'exécution du plan (C. com., art. L626-25) et pour le liquidateur (C.com., art. L641-8).

confirment que le créancier postérieur, même disposant du droit de poursuite individuelle, ne peut appréhender des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations et le commissaire à l'exécution du plan ne commet pas de faute en refusant de se dessaisir de ces sommes⁹⁰⁴.

Par conséquent, les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations par le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire ne peuvent faire l'objet de saisies et sont destinées au règlement des créanciers selon leur rang⁹⁰⁵. De ce fait, un créancier ne peut reprocher aux organes de la procédure le défaut de paiement de sa créance lorsque les sommes ont été déposées à la Caisse des dépôts et consignations et si un créancier d'un rang préférable existe⁹⁰⁶. Néanmoins, selon un auteur, en l'absence de créanciers de rang préférable, le mandataire judiciaire doit déconsigner les sommes afin de payer le créancier postérieur qui en fait la demande⁹⁰⁷. Cependant, en droit de l'OHADA, le sort des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective n'a pas été clairement déterminé par l'AUPC.

Paragraphe 2 : Les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective

609. Le droit de l'OHADA intervient également pour restreindre le droit de poursuite individuelle des créanciers contre la masse. En effet, l'AUPC exige un dépôt des sommes sur un compte spécial de la procédure collective (A). Cependant, le dépôt des sommes sur le compte ne permet pas de clairement déterminer leur sort (B).

A- Le dépôt des sommes sur le compte spécial de la procédure collective

610. L'obligation de déposer les sommes sur le compte de la procédure collective (1) est également assortie d'une sanction (2).

⁹⁰⁴ Com. 22 mai 2007, n° 05-21.936, FS-P+B, Rev. proc. Coll. n° 5, septembre 2009, comm., JurisData n° 2007-039050 ; BRDA 2007, n° 8, C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁹⁰⁵ Com. 22 mai 2007, n°05-21.936, Bull. Civ. IV, n°138; Com. 22 mai 2007, n°06-10.632, inédit, n°777 FS-D.

⁹⁰⁶ CA Paris, 3^e ch. A, 14 juin 2005, RG n°2004/16049 et n°2004/16054 ; Com. 22 mai 2007, n° 05-21.936 ; Com., 22 mai 2007, n° 06-10.632.

⁹⁰⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°455-46, p. 782.

1) L'obligation de dépôt sur un compte spécial

611. Un mécanisme semblable à celui du dépôt des sommes recueillies par l'organe de la procédure collective existe dans la législation de l'OHADA applicable aux procédures collectives d'apurement du passif. En effet, l'article 45 de l'AUPC prévoit des dispositions générales, valables en redressement judiciaire et en liquidation des biens, concernant les fonds recueillis par le syndic. Ces fonds sont alors immédiatement versés sur un compte ouvert spécialement pour la procédure collective auprès d'un établissement bancaire, postal ou du trésor public⁹⁰⁸.

Lorsque des fonds dus au débiteur ont été déposés sur un compte spécial par des tiers, il en est fait transfert à un compte ouvert par le syndic au nom de la procédure collective, à charge par lui d'obtenir mainlevée des oppositions éventuelles⁹⁰⁹. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer l'obligation d'ouverture d'un compte spécial de la procédure collective, dans le cadre de la requête afin de décision relative au règlement des créances de l'entreprise BCTI du 10 novembre 1999, de la procédure de redressement de l'entreprise BCTI, dans laquelle le syndic a ouvert un compte auprès de la Société Générale des Banques, afin d'y recevoir les sommes versées au titre de la procédure.

612. L'article 138 alinéa 2 de l'AUPC prévoit que : *« Lorsque leur mission comporte le paiement des dividendes aux créanciers, les contrôleurs de l'exécution du concordat doivent faire ouvrir, dans une banque, à leur nom et en leur qualité de contrôleur de l'exécution du concordat, un compte de dépôt spécial pour le concordat ou pour chaque concordat, s'ils sont nommés pour plusieurs procédures collectives »*.

La question qui nous préoccupe ici est de savoir si le compte spécial pour le concordat est différent du compte spécial pour la procédure collective. Pour tenter de répondre à cette question, nous remarquerons, de prime abord, que le compte de la procédure collective est ouvert dans un établissement bancaire, postal ou au trésor public alors que le compte spécial pour le concordat est ouvert uniquement dans une banque, donc un établissement bancaire. En outre, le compte spécial de la procédure collective est ouvert par le syndic au nom de la procédure collective alors que le compte spécial pour le concordat est ouvert au nom des contrôleurs et en leur qualité. Il sera ouvert autant de

⁹⁰⁸ Art. 45 al. 1^{er} AUPC : *« Les deniers éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, sont versés immédiatement à un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor »*.

⁹⁰⁹ Art. 45 al. 2 AUPC.

comptes que de procédures collectives dont le concordat est en cours d'exécution alors qu'un seul compte est ouvert pour recevoir les fonds recueillis par le syndic lors de la procédure collective. Toutes ces différences nous permettent de conclure que le compte spécial pour le concordat est distinct du compte spécial de la procédure collective, même eu égard au sort des sommes qui y ont été déposées.

613. Il est dès lors important de nous poser la question de savoir si l'obligation de l'AUPC, c'est-à-dire le dépôt des sommes sur le compte spécial de la procédure collective, a la nature d'un simple dépôt ou d'une consignation. Pour répondre à cette question, la distinction entre les deux notions s'impose.

En effet, conformément à l'article 2350 du Code civil, la consignation de sommes emporte affectation spéciale et droit de préférence. En outre, la consignation est le dépôt dans une caisse publique de sommes ou valeurs en garantie d'un engagement ou à titre conservatoire. Donc, la consignation suppose le dépôt de la somme concernée auprès d'un établissement public, c'est le cas notamment de la Caisse des dépôts et consignations.

Cependant, l'AUPC exige, dans ses dispositions, que le dépôt des sommes recueillies par le syndic soit fait sur un compte spécial ouvert dans un établissement bancaire, postal ou au Trésor public. Les deux premiers établissements relèvent, dans la plupart des cas, du régime des établissements financiers de droit privé. Par conséquent, le dépôt des sommes sur un compte ouvert dans un de ces établissements ne peut avoir le caractère de la consignation. Néanmoins, lorsque le dépôt des sommes dans un établissement bancaire ou postal a été demandé par le Tribunal, les sommes peuvent être considérées avoir été mises sous séquestre. Cependant, le dépôt de la somme recueillie par le syndic au Trésor public, dans la mesure où il s'agit d'un établissement public, peut être qualifié de consignation.

2) La sanction du défaut de dépôt sur le compte spécial

614. Les articles 45 alinéa 3 et 147 de l'AUPC prévoient que : « *Dans les huit jours des recettes, le syndic doit justifier lesdits versements au Juge-commissaire. En cas de retard, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées* ». En effet, toutes les sommes recueillies par le syndic doivent être déposées sur le compte spécial dans les huit jours de leur perception et il doit en justifier lesdits versements au juge-

commissaire. A défaut du respect de cette obligation de verser les sommes recueillies sur le compte spécial, dans un bref délai, le syndic engage sa responsabilité. De ce fait, les sommes non versées par le syndic ou non versées dans les délais légaux génèrent des intérêts au préjudice du syndic qui les doit personnellement.

Ainsi, comme en droit français, la sanction du syndic en droit de l'OHADA consiste à lui faire supporter personnellement le paiement des intérêts. Néanmoins, à la différence du droit français, les intérêts dans ce cas ne sont pas spécialement majorés. Cependant, l'AUPC ne prévoit pas de sanctionner la négligence des contrôleurs dans le cadre du dépôt des sommes sur le compte spécial pour le concordat. Nous pensons que ce silence n'exonère pas le contrôleur de sa responsabilité de déposer les sommes concernées sur ce compte dans un délai raisonnable, puisque l'article 138 *in fine* de l'AUPC exige que : « *Les contrôleurs doivent, en cette qualité, être titulaires d'une police d'assurance couvrant leur responsabilité civile; ils doivent en justifier auprès du Président de la juridiction compétente* ». Bien que l'AUPC exige le dépôt des sommes recueillies par le syndic sur le compte spécial de la procédure collective, le sort de ces sommes n'a pas été définitivement réglé par le droit de l'OHADA.

B- Le sort des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective

615. Le sort des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective doit être recherché conformément à l'administration du compte (1) et à la relativité de leur indisponibilité (2).

1) L'administration du compte spécial de la procédure collective

616. Conformément à l'article 45 de l'AUPC, le Juge-commissaire arbitre les sommes nécessaires aux dépenses courantes et aux frais de la procédure. Par ailleurs, les fonds ainsi versés dans le compte spécial ouvert par le syndic ne peuvent être retirés que sur décision du juge-commissaire. Cette précaution permet d'éviter les risques de malversations. Un cas de malversations commis par un commissaire à l'exécution du plan a été récemment jugé en France⁹¹⁰. Bien que n'intéressant pas de près les malversations que le syndic pourrait commettre, ce cas nous permet de comprendre

⁹¹⁰ Crim.19 oct. 2011, n° 20-87.994, F-D, Sté Galvanoplastie et fonderie du centre, partie civile : JurisData n° 2011-025910 JCl. Procédures collectives, Fasc. 2930. - JCl. Com., Fasc. 2930 ; Act. proc. coll. n° 1, Janvier 2012, alerte 14.

l'ampleur d'une telle conduite et la typologie de l'infraction. En l'espèce, la société débitrice, qui s'était constituée partie civile, reprochait au commissaire à l'exécution du plan des fautes constitutives d'infractions pénales, à savoir des malversations par surfacturation d'honoraires, détournement de fonds, versement de charges devant être supportées par les sociétés cessionnaires, disparition du prix des ventes du stock d'un produit et établissement de faux bilans. De ce fait, la Cour de cassation reprochait aux juges d'appel de ne pas avoir recherché si la disparition des sommes provenant des ventes de ce stock attestées par les directeur et responsable commerciaux de la société débitrice ne constituaient pas des délits de malversation et de faux.

617. Dans la mesure où le juge-commissaire est le seul à intervenir pour le retrait des fonds déposés sur le compte spécial de la procédure collective, il nous est loisible de nous demander si les sommes peuvent être retirées en vue du paiement des créances contre la masse ou bien si le juge-commissaire ne peut en demander le retrait que dans le cadre de l'apurement du passif ?

Pour répondre à cette question, nous procéderons à une analyse comparative avec la procédure de déconsignation des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations. En effet, la déconsignation ne peut avoir lieu que sur présentation du jugement d'apurement du passif. De ce fait, nous pensons que le retrait des sommes par le juge-commissaire ne peut avoir lieu que sous réserve de l'apurement du passif ou comme l'a proposé le professeur Le Corre, lorsqu'il n'existe pas de créancier de rang préférable⁹¹¹.

2) La relative indisponibilité des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective

618. L'article 147 *in fine* de l'AUPC prévoit qu' « *Aucune opposition sur les deniers versés au compte spécial de la procédure collective n'est recevable* ». Il faut au préalable remarquer que le texte utilise la notion d' « *opposition* » et non pas celle de mesure ou procédure d'exécution. Ainsi, pour monsieur Serge BRAUDO, le mot « *opposition* » désigne toute manifestation de volonté par laquelle une personne entend arrêter l'exécution d'un processus juridique ou judiciaire⁹¹². De ce fait, l'opposition

⁹¹¹ V. supra, n°608.

⁹¹² <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/opposition.php>.

retenue par l'AUPC n'est pas une mesure d'exécution. D'ailleurs, un auteur souligne clairement la différence entre l'opposition et la mesure d'exécution dans la mesure où :

« L'assimilation de l'opposition à la saisie-arrêt, aujourd'hui remplacée par la saisie-attribution, par les anciens articles 557 et suivants du Code de procédure civile relatifs aux « saisies-arrêts ou oppositions » s'expliquait en quelque sorte par une partie de leurs effets communs. L'opposition se distingue des voies d'exécution parce qu'en principe elle ne tend pas à l'appropriation des sommes saisies au profit de son titulaire et les rend seulement indisponibles. Son parallèle avec la saisie-arrêt tenait au fait que cette dernière commençait par produire un effet conservatoire proche de celui issu de l'opposition, en rendant indisponibles les sommes saisies. Elle se transformait ensuite en mesure d'exécution forcée avec le jugement de validité autorisant le saisissant à se faire payer par le tiers saisi »⁹¹³.

619. Subséquemment, la question qui se pose est de savoir si les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution.

En l'absence d'une réponse claire du droit de l'OHADA, deux hypothèses peuvent être retenues. D'une part, les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure pourront être appréhendées par le créancier contre la masse. Dans ce cas, toutes les sommes recueillies par le syndic seront à la disposition du créancier contre la masse. Cependant, dans cette hypothèse, nous pensons que leur dépôt sur un compte spécial n'est pas nécessaire sauf pour éviter les cas de malversation. D'autre part, les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure seront insaisissables par un créancier contre la masse. En d'autres termes, aucune mesure d'exécution ne pourra être exercée par les créanciers contre la masse sur ces sommes. Cette situation s'apparente à la solution aujourd'hui applicable aux sommes déposées à la Caisse des Dépôts et Consignations, en France⁹¹⁴.

620. Existe-t-il alors une solution idoine proposée par les praticiens, du droit des procédures collectives et du droit bancaire, dans l'espace de l'OHADA ?

⁹¹³ L. BOUTITIE, *L'opposition en Droit privé*, thèse de doctorat en Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, décembre 2004, note de bas de page 6, p.3.

⁹¹⁴ Art. 173 de la loi du 27 décembre 1985.

A titre liminaire, nous pouvons affirmer que les sommes déposées sur le compte spécial pour le concordat peuvent faire l'objet d'une saisie dans la mesure où après que la décision d'homologation du concordat de redressement est passée en force de chose jugée, le débiteur revient à la tête de ses affaires. De ce fait, aucune mesure objective ne permettrait d'interdire la saisie des sommes déposées sur ce compte par un créancier contre la masse muni d'un titre exécutoire.

Cependant, concernant les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective et sans propositions concrètes des praticiens de la zone de l'OHADA, nous nous attacherons à proposer une solution conformément au droit comparé. Dans un premier temps, en droit français, l'article L112-4 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables.

Ainsi, en procédant à un raisonnement par analogie, on pourrait penser que le législateur de l'OHADA a voulu rendre insaisissables les sommes recueillies par le syndic, dans la mesure où ces sommes ont un caractère insaisissable, leur dépôt sur un compte ne permet pas à la saisie du créancier contre la masse de prospérer, conformément au principe général du Code des procédures civiles d'exécution.

Cependant, certains praticiens du droit bancaire estiment que dès lors que l'AUPC et la loi nationale de chaque Etat membre de l'OHADA ne prévoient pas l'insaisissabilité des sommes déposées au compte spécial de la procédure collective, la mesure d'exécution doit pouvoir favorablement jouer. Dans un deuxième temps, dans le cadre de la procédure de saisie-attribution des sommes déposées sur un compte, en droit français, dès la notification de la saisie-attribution au tiers saisi, ici un établissement bancaire, ce dernier isole les sommes sur un compte spécial de dépôt à vue indisponible⁹¹⁵. Cette technique a pour but de rendre indisponibles à la saisie, les sommes isolées. Par analogie, nous pouvons penser que le dépôt obligatoire sur un compte spécial des sommes recueillies par le syndic introduit par le législateur de l'OHADA a pour objectif de rendre ces sommes indisponibles, donc de les soustraire à toute saisie, y compris celle du créancier contre la masse titulaire du droit de poursuite individuelle. Néanmoins, la question de l'indisponibilité des sommes comme celle de leur insaisissabilité relève de l'appréciation souveraine du droit interne.

⁹¹⁵ S. GUINCHARD et T. MOUSSA, op. cit., n°922.21, p.755.

En somme, de notre point de vue, en tant que créance hors procédure collective, aucune règle de l'AUPC n'intervient pour interdire l'exercice effectif d'une mesure d'exécution, par le créancier contre la masse, sur les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective. De ce fait, les créanciers contre la masse peuvent librement saisir les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective. Cette solution est directement contraire au droit français dans la mesure où les dispositions de l'AUPC ne restreignent pas le droit de poursuite individuelle des créanciers contre la masse de la même manière que celles du Code de commerce. Le droit de l'OHADA introduit beaucoup plus de souplesses dans la mise en œuvre de la poursuite individuelle.

CONCLUSION DU TITRE I

621. Le premier titre a été l'occasion d'exposer la règle principale du paiement à l'échéance des créances postérieures. En effet, les conditions d'application de la règle tiennent à la nature même de la règle qui consiste à un paiement de droit commun effectué à tout moment de la procédure collective du débiteur.

622. D'autre part, nos propos ont concerné la mise en œuvre de la règle principale du paiement à l'échéance des créances postérieures. Cette étude a été l'occasion de relever que le droit commun des voies d'exécution est applicable à la poursuite individuelle du créancier postérieur, mais les dispositions du droit commun doivent être adaptées aux règles du droit des procédures collectives dans le cadre de la demande, l'obtention et l'exécution du titre exécutoire. Cependant, sur certains points, les règles du droit des procédures collectives ne s'adaptent plus aux dispositions des voies d'exécution étant donné qu'elles interviennent pour limiter le droit de poursuite individuelle des créanciers postérieurs. En tout état de cause, lorsque la créance postérieure n'a pas été payée à l'échéance, elle devra être payée par préférence à toutes les autres créances, c'est l'objet du prochain titre.

TITRE II : LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE

623. Le paiement à l'échéance des créances postérieures ne saurait favorablement prospérer, lorsque les frais de justice et les salaires superprivilégiés sont importants et lorsque la plupart des biens du débiteur font l'objet d'une mesure de sûreté, les excluant du champ d'application de la règle du paiement à l'échéance. C'est pour cette raison que le droit des entreprises en difficulté a prévu une règle subsidiaire de paiement des créances postérieures, il s'agit de la règle du paiement par préférence de la créance postérieure par rapport à toute autre créance.

624. En droit de l'OHADA, le paiement des créances postérieures rentre dans le cadre de l'apurement du passif. L'apurement du passif est une procédure nécessaire dans toutes les procédures collectives, y compris la procédure de règlement préventif qui s'ouvre avant la cessation des paiements du débiteur. L'apurement du passif se matérialise par le paiement de toutes les dettes de l'entreprise en difficulté. En liquidation des biens, l'apurement du passif constitue l'unique finalité, sauf à retenir le cas de la cession globale comme mesure de sauvegarde de l'entreprise. Ainsi, l'apurement du passif de la procédure collective revient au syndic et au juge-commissaire.

625. Le syndic élabore les propositions en matière d'apurement du passif, puisqu'il s'occupe des mesures d'exécution juridique et matérielle⁹¹⁶. C'est dans ce cadre qu'en France, sous l'empire de l'ancienne législation sur les procédures collectives, les juges ont retenu, dans une affaire, la responsabilité de deux co-syndics envers des fournisseurs impayés pour des prestations effectuées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, pour une faute constituée non pas, comme dans la plupart des hypothèses de ce genre, par une absence de contrôle sur la situation financière de l'entreprise autorisée à poursuivre son activité, mais par le paiement prioritaire sur les fonds disponibles de certains créanciers dans la masse au détriment des créanciers de la

⁹¹⁶ En tant que mandataire de justice, le syndic est rémunéré par le débiteur sous procédures collectives. Dans certains cas, la rémunération du syndic peut être jugée trop élevée par rapport aux difficultés que l'entreprise rencontre, puisque cela peut compromettre son redressement et le paiement effectif des créanciers. Ainsi, dans une espèce, le syndic a réussi à se faire payer en avance six ans de rémunération ce qui a logiquement conduit à la disparition définitive de l'entreprise, alors que le redressement judiciaire avait pour but de sauvegarder l'entreprise. V. F.M. SAWADOGO, *L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso*, Rev. Jur. Pol. Ind. et Coop., mai-septembre 1995, p.201.

masse⁹¹⁷. En outre, le syndic a l'obligation, lorsqu'une distribution est ordonnée, d'adresser à chaque créancier admis, en règlement de son dividende, un chèque à son ordre, tiré sur le compte ouvert spécialement à cet effet dans un établissement bancaire, postal ou au trésor public⁹¹⁸.

626. C'est l'article 164 alinéa 1^{er} de l'AUPC qui fixe le contenu de la fonction du juge-commissaire en matière d'apurement du passif. Ainsi, le juge-commissaire prend toutes les décisions qui approuvent ou homologuent les propositions du syndic⁹¹⁹. Ces questions tirées du droit de l'OHADA sont également valables, pour la plupart, en droit français. Cependant, la principale différence entre le droit de l'OHADA et le droit français en cette matière concerne les organes de l'apurement du passif qui ne sont plus uniquement le syndic et le juge-commissaire en droit français, mais l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire ou le liquidateur judiciaire⁹²⁰ et le juge-commissaire.

627. Pour échapper à toutes les difficultés, pouvant compromettre le paiement à l'échéance des créances postérieures, la règle subsidiaire de paiement par préférence a été élaborée par les législations objet de la présente étude. De ce fait, il est opportun de commencer par exposer la règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures (Chapitre I) avant de s'attarder sur sa mise en œuvre (Chapitre II).

⁹¹⁷ Com. 25 janvier 1994, D. 1996, p. 337, note A. HONORAT.

⁹¹⁸ Cf. art. 164 al. 2 et 165 al. 2 de l'AUPC. Pour plus de détails sur le compte et les sommes qui y sont déposées, V. supra : La limitation du droit de poursuite individuelle par la situation du débiteur.

⁹¹⁹ Dans le cadre de la liquidation des biens de la SONADIS, le tribunal régional hors classe de Dakar, dans son jugement n°136 du 11 mars 2005, a rétracté l'ordonnance du juge-commissaire, portant taxation des honoraires du syndic et répartition des fonds entre les créanciers, aux motifs que les honoraires du syndic sont exagérés et que tous les créanciers n'ont pas été avertis de ladite répartition, comme l'exige l'article 164 de l'AUPC.

⁹²⁰ La fonction de syndic a été éclatée par le législateur français en plusieurs autres fonctions réglementées. V. <http://www.cnajmj.fr/>.

CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE

628. Comme dans le cadre de la règle principale du paiement à l'échéance, la règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures pose le problème de sa détermination. Ce problème a pour conséquence d'introduire des difficultés supplémentaires à la situation des créances postérieures. Ainsi, deux questions principales sous-tendent la règle subsidiaire du paiement par préférence. Il s'agit d'une part, de la question de la nature même de la cause de préférence (Section 1) et d'autre part, de la question de la conservation de la cause de préférence (Section 2).

Section 1 : La nature de la cause de préférence des créances postérieures

629. La nature de la cause de préférence tient principalement à la variété (Paragraphe 1) et à la fixation de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La variété du droit de préférence des créances postérieures

630. Le droit de préférence des créances postérieures varie selon la législation applicable. C'est dans ce cadre qu'il serait opportun de déterminer si la cause de préférence des créances postérieures est une priorité ou un privilège (A), avant de s'appesantir sur le choix législatif de la cause de préférence dont découlera une conséquence fondamentale (B).

A- La cause de préférence des créances postérieures : une priorité ou un privilège ?

631. Une différence terminologique apparaît à l'égard de la nature de la cause de préférence (1). Cela a incité le législateur de l'OHADA et son homologue français à opérer un choix de la cause de préférence qui s'avère différent dans les deux cas (2).

1) La différence terminologique

632. Dans le cadre de l'étude de la nature de la cause de préférence, deux notions qui, à première vue, se ressemblent, s'affrontent. En effet, la priorité est définie comme une faveur, un avantage particulier, un traitement préférentiel parfois accordé à certaines personnes, prioritaires, pour des raisons inhérentes à leurs bénéficiaires. C'est le droit d'être admis ou servi avant les autres⁹²¹.

Le privilège est, quant à lui, un droit appartenant à un créancier d'être payé sur le prix de vente d'un ou plusieurs biens du débiteur par préférence à d'autres créanciers⁹²². En outre, le privilège est une sûreté accordée par la loi à certains créanciers en raison de la

⁹²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, 5^e éd. PUF, janvier 1996.

⁹²² C. WITZ, *Privilèges, Droit de gage général*, J.-Cl. Civ., art. 2092 à 2094, fasc. 80, 1997.

qualité de leur créance⁹²³. En ce sens, la nuance entre les deux notions est nette dans la mesure où la priorité est attachée à la personne du bénéficiaire, alors que le privilège est lui lié à la créance, du moins à sa qualité. Il en ressort que le droit des entreprises en difficulté a pris en compte cette nuance étant donné que le législateur français et son homologue de l'OHADA ont préféré choisir l'une des causes de préférence, plutôt que l'autre.

2) La cause de préférence retenue par le législateur

633. Face à la nuance entre les notions de priorité et de privilège, l'AUPC et le Code de commerce ont opéré un choix.

a- Le choix de l'AUPC

634. Pour des raisons de commodité du raisonnement, nous commencerons par déterminer la source du choix, avant de nous attarder sur la tentative de qualification de la cause de préférence de l'AUPC.

a-1) La source du choix de la cause de préférence

635. Dans le cadre de l'élaboration de l'AUPC, le législateur de l'OHADA a retenu pour le paiement des créances contre la masse non payées au comptant, un paiement par priorité comme il a été question sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985. En effet, avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, les dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 concernaient formellement le droit de priorité reconnu aux créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective⁹²⁴. Cependant, à la différence de la loi du 25 janvier 1985, le droit de priorité des créances contre la masse n'a pas été expressément prévu par l'AUPC, mais découle d'une lecture combinée des articles 108, 166 et 167 dudit Acte uniforme⁹²⁵. Pas plus que la loi du 25 janvier 1985, l'AUPC ne donne de définition précise du droit de priorité qui couvre les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, d'où l'intérêt de tenter de qualifier la cause de préférence retenue par le droit de l'OHADA.

⁹²³ L'art. 2095 est devenu l'art. 2324 C. civ. : « *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ».

⁹²⁴ Art. 40 de la loi du 25 janvier 1985 : « *En cas de cession totale ou de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L143-10, L143-11, L742-6 et L751-15 du Code du travail* ».

⁹²⁵ A. AZIBER SEID, op. cit., n°213, p.163.

a-2) La qualification de la cause de préférence

636. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, l'interprétation du droit de priorité de l'article 40 a été laissée à la doctrine dont une partie avait considéré, conformément à l'ancien article 2095 du Code civil⁹²⁶, que le droit de priorité des créances postérieures est bien un privilège⁹²⁷.

La jurisprudence française n'a pas retenu l'interprétation de la doctrine concernant la nature du droit de priorité car « *la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable à la cause qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 [article 2324] du code civil* »⁹²⁸. Cette décision jurisprudentielle a eu pour conséquence de mettre en place une fâcheuse insécurité juridique, à savoir le « *privilège à éclipse* », dénoncé par un auteur, tenant plus de la loterie que du droit⁹²⁹.

Toutefois, de notre point de vue, la solution retenue par la Cour de cassation peut se justifier, d'une part, par le principe selon lequel il n'y a pas de privilège sans texte, c'est-à-dire que le privilège ne peut être conféré que par la loi et l'ordre respectif des privilèges entre eux et des privilèges par rapport aux autres sûretés légales et conventionnelles dépend de la loi seule⁹³⁰. D'autre part, le privilège s'attribue uniquement en raison de la nature de la créance et non pas, comme en l'espèce, selon la date de naissance de la créance ou selon la qualité du bénéficiaire⁹³¹. Pourtant, pour certains auteurs, la date de naissance ne doit pas être complètement mise à l'écart, puisqu'elle produit, de manière inévitable, des effets sur la nature de la créance⁹³². Nous estimons que cette affirmation est valable dans la mesure où la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures au jugement d'ouverture se fonde principalement sur la date de naissance de la créance et c'est en partie sur la base de

⁹²⁶ C.civ., art. 2324.

⁹²⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien 2011, n°598 ; P. LE CANNU et M. JEANTIN, *Droit commercial : entreprises en difficulté*, 7^e éd., D., n°1371 ; F. DERRIDA et alii, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 12/1997, n°413 ; J. ARGENSON ET G. TOUJAS, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n°1099, p.804.

⁹²⁸ Com. 5 février 2002, n°98-18.018, Bull. Civ. IV, n°27.

⁹²⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., 7^e éd., n°598.

⁹³⁰ M. TANCELIN, *Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement. Nineteenthundred Tower Ltd. v. Cassioni* [1967] B. R. 787., cah. dr., vol.9, n°2, 1967-1968, p.287-292.

⁹³¹ Com. 5 février 2002, RTD Civ. 2002, p. 337, obs. P. CROCQ.

⁹³² M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, obs. sous Com. 5 février 2002, JCP E et A 2002, chron. 807, n°15, p. 853.

cette délimitation qu'un privilège est attribué à la créance postérieure méritante⁹³³, mais la date de naissance de la créance ne saurait suffire à elle seule pour attribuer un privilège, lorsque celui-ci n'a pas été expressément prévu par la loi.

Dans le cadre de l'AUPC, c'est la doctrine qui s'est accordée pour dire que le droit de priorité des créances contre la masse est « *une sorte de privilège* » qui doit grever tous les biens meubles et immeubles du débiteur⁹³⁴. Toutefois, « *une sorte de privilège* » n'est pas véritablement un privilège dans la mesure où le privilège ne doit en aucun cas être équivoque ; il ne doit pas également prêter à confusions. Conjointement, ni l'AUPC, ni les jurisprudences nationale et de la CCJA ne prévoient que le droit de priorité des créances contre la masse est un privilège comme l'entendent les dispositions de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS). D'ailleurs certains auteurs ont fini par conclure que : « *Les privilèges, tant spéciaux que généraux, sont octroyés par la loi à certains créanciers en raison de la nature de leurs créances et de l'importance qu'elle revêt pour eux. En dehors d'un texte législatif, le pouvoir réglementaire ou la convention ne peuvent créer de nouveaux privilèges* »⁹³⁵. De notre point de vue, cet avis doctrinal a l'avantage de clarifier la qualification du droit de priorité en précisant catégoriquement que dans la mesure où l'AUPC n'attribue pas expressément de privilège aux créanciers de la masse, il faut déduire du silence du législateur de l'OHADA qu'un tel privilège ne saurait exister, faute de texte le prévoyant.

637. L'AUS prévoit, dans ses dispositions, que les Etats parties au Traité de l'OHADA peuvent, dans leur législation nationale, prévoir des textes spéciaux créant de nouveaux privilèges, à condition d'en déterminer le rang dans l'ordre des paiements⁹³⁶. Nous relevons que la disposition ci-dessus permettrait, dans certains pays membres de l'OHADA, d'assortir, les créances contre la masse non payées à l'échéance, d'un privilège général. Ainsi, nonobstant la validité du privilège nouvellement créé sur le fondement de l'AUS, l'attribution d'un privilège général propre aux créances contre la

⁹³³ V. supra, n°38 et s.

⁹³⁴ Cf. C. MONKAM, *La condition juridique du salarié dans les procédures collectives*, Université de Douala – DEA, 2005.

⁹³⁵ F. ANOUKAHA et alii, *Sûretés*, éd. Bruylant, Collection Droit uniforme africain, n°582, p.237.

⁹³⁶ Art. 106 al. 2 de l'AUS : « *Les textes spéciaux créant des privilèges généraux doivent préciser le rang de ceux-ci en le déterminant par rapport aux dispositions de l'article 107 ci-après. A défaut, le rang de ces privilèges est le dernier de celui établi par l'article 107 ci-après* ».

masse par un Etat membre ne contredirait-elle pas la lettre de l'article 10 du Traité de Port-Louis ?

En effet, le Traité de Port-Louis instituant l'OHADA prévoit dans son article 10 que : *«Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure»*. Cette disposition permet d'asseoir la primauté des Actes uniformes de l'OHADA sur toute autre disposition nationale contraire existant avant ou créée après leur entrée en vigueur. Par ce fait, la création d'un privilège général propre aux créances de la masse, par un texte spécial de droit interne, mettrait en place une différence de situation et de traitement à l'égard des créances contre la masse selon l'Etat membre dont le droit interne est pris en considération. De cette manière, ces créances seraient alors inégalement traitées selon qu'elles naissent ou pas sur le territoire d'un Etat membre ayant instauré un privilège général aux fins de garantir leur paiement. En outre, la possibilité qu'un Etat membre octroie un privilège général aux créances contre la masse enclencherait un retour de l'insécurité juridique, cheval de bataille, de toute la réglementation de l'OHADA. Cette situation contribuerait, sans nul doute, à la prépondérance du *forum shopping* en matière de constitution des sociétés, voire de demande d'ouverture d'une procédure collective, l'uniformisation par l'AUPC des dispositions et des règles de compétence en matière de faillite internationale aidant⁹³⁷. C'est pour toutes ces raisons que nous osons croire que la possibilité ouverte par l'article 106 alinéa 2 de l'AUS n'a pas intérêt à jouer favorablement en matière d'octroi, dans le droit interne d'un Etat membre de l'OHADA, d'un privilège général aux créances contre la masse. En mettant en porte-à-faux la coordination et l'effectivité de la réglementation de l'OHADA elle-même, l'application de l'article 106 alinéa 2 de l'AUS aux créances contre la masse sera facilement neutralisée par les juridictions aussi bien nationales que la CCJA. Pour cela, il suffit que les juges fondent leur décision sur la violation de l'article 10 du Traité de Port-Louis qui est le point de coordination de

⁹³⁷ Le *forum shopping* est un terme anglais sans équivalent français, outre le terme en français québécois « magasiner ». Il s'agit de choisir un tribunal comme on choisit d'entrer dans une boutique pour faire ses emplettes. Juridiquement, il s'agit de la possibilité qu'offre à un demandeur la diversité des règles de compétence internationale de saisir les tribunaux du pays appelé à rendre la décision la plus favorable à ses intérêts. Cf. l'exemple en droit européen de l'insolvabilité où : *« Lorsqu'ils connaissent des difficultés financières, certains débiteurs cherchent à se dérober à leurs obligations en transférant leur domicile afin de bénéficier d'un droit plus favorable. Ce « mauvais » forum shopping peut cependant être mis en échec par les juridictions qui disposent de moyens pour s'opposer à ces déménagements d'opportunité »*. V. J.-L. VALLENS, *Tourisme judiciaire et insolvabilité : les risques du forum shopping*, Rev. proc. coll., n° 4, Juillet 2012, étude 21.

toute la réglementation de l'OHADA. En tout état de cause, de l'évolution de la qualification du droit de priorité en droit français, ressort le choix actuel de la cause de préférence par la loi de sauvegarde des entreprises.

b- Le choix de la loi de sauvegarde des entreprises

638. Selon l'article L622-17-II du Code de commerce, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, les créances postérieures méritantes, sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés. La même disposition a été retenue en liquidation judiciaire par l'article L641-13-II du Code de commerce.

639. La nécessité du financement de la procédure collective exige le respect du principe selon lequel les créanciers postérieurs sont payés avant les autres créanciers, à tout le moins chirographaires. Cette exigence a été accrue avec l'ambition des procédures collectives modernes de privilégier le redressement de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi contre le seul objectif traditionnel de la réalisation patrimoniale⁹³⁸. La velléité du législateur français a été de considérer qu'en raison de la qualité de leurs créances, il est inéquitable que certains créanciers subissent le concours des autres créanciers et qu'ils se trouvent contraints de ne recevoir qu'une partie de ce qui leur est dû⁹³⁹. En réalité, le caractère de privilège général est reconnu au privilège de créances postérieures méritantes étant donné que la cause de préférence choisie par le législateur français permet de régler la situation de la créance postérieure privilégiée en présence d'une succession de procédures collectives : le créancier conservant, sous certaines conditions, son privilège⁹⁴⁰.

640. L'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a permis un changement de qualification quant à la nature de la cause de préférence de créances postérieures. En effet, les créances mentionnées au I de l'article L622-17 du Code de commerce qui ne sont pas payées à l'échéance, sont payées par privilège avant toutes les autres créances⁹⁴¹. De ce fait, sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, le droit préférentiel reconnu aux créanciers postérieurs est devenu un

⁹³⁸ F. PÉROCHON, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, Gaz. Pal. 08 septembre 2005, n° 251, p. 57.

⁹³⁹ Loc. cit.

⁹⁴⁰ V. infra, n°680 et s.

⁹⁴¹ C. com., art.L622-17-II.

véritable privilège. Il n'en demeure pas moins que le privilège n'est utile que lorsque la créance n'a pas été payée à l'échéance. Cette hypothèse de l'utilité du privilège, voire de la subsidiarité du paiement par préférence devrait être plus fréquente selon un auteur, puisque le paiement à l'échéance est de nos jours de moins en moins garanti⁹⁴². Pour la doctrine, dorénavant, c'est la qualité de la créance postérieure méritante qui sera préférée à sa date de naissance exclusive, dans le cadre de l'attribution du droit de préférence⁹⁴³. De surcroît, le privilège est automatiquement attribué aux créances postérieures, par le seul effet de la loi, sans formalité aucune, ni démarche particulière, dès lors que la créance remplit rigoureusement les critères de naissance des créances postérieures méritantes. D'ailleurs, nous pensons que la loi de sauvegarde a permis de sortir de l'incertitude concernant la qualification de la cause de préférence des créances postérieures qui existait sous l'empire de la législation antérieure et de la lourdeur du raisonnement juridique que cela avait mis en place. Au surplus, les interprétations ont longtemps été divergentes entre la doctrine et la jurisprudence, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. En cela, la loi de sauvegarde des entreprises permet de combler les lacunes actuellement contenues dans l'AUPC concernant la nature de la cause de préférence des créances contre la masse. Du choix de la cause de préférence par le législateur ressort une conséquence fondamentale : la possibilité de la survivance de la créance postérieure à l'ouverture d'une procédure collective subséquente.

B- La conséquence du choix de la cause de préférence

641. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que les créanciers de l'article 40, c'est-à-dire les créanciers postérieurs, deviennent après résolution du plan de continuation, des créanciers antérieurs chirographaires lors de la procédure collective subséquente⁹⁴⁴. Ainsi, la résolution d'un plan de continuation et l'ouverture d'une procédure collective subséquente entraîne la perte en même temps de la cause de préférence et de la nature postérieure de la créance étant donné que cette dernière se transmutait en une créance antérieure chirographaire.

642. Le privilège de la créance postérieure méritante introduit par la loi de sauvegarde des entreprises rompt avec la situation antérieure. De cette manière, pour

⁹⁴² F. PÉROCHON, *Le sort des créanciers postérieurs*, LPA, 10 juin 2004, n° 116, p. 16.

⁹⁴³ D. VOINOT, *La nouvelle procédure de sauvegarde*, Gaz. Pal. 7-8 septembre 2005, n°40, p.34 ; L.-C. HENRY, *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2008, n° 3, p. 20.

⁹⁴⁴ Com. 28 juin 1994, n°91-16.090, Bull. Civ. IV, n°244.

certain auteurs, le privilège instauré par la loi de sauvegarde des entreprises est un privilège d'incitation qui vient à la rescousse du débiteur par le biais d'un traitement de faveur réservé aux créances postérieures⁹⁴⁵. Cette idée a été développée eu égard à l'importance de la poursuite de l'activité du débiteur afin de sortir l'entreprise du marasme financier qu'elle traverse. En cela réside l'avantage de la législation française applicable aux entreprises en difficulté par rapport à l'AUPC, puisque le privilège des créances postérieures méritantes permet une implication sans faille des créanciers dans l'optique de la sauvegarde de l'entreprise et des emplois. En ce sens, la survenance d'une procédure collective subséquente ne remet en cause ni le privilège, ni la nature postérieure de la créance dans la mesure où le privilège est conservé lors de la nouvelle procédure.

643. Puisqu'en droit français, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les créances postérieures perdent leur droit de priorité, voire la nature postérieure de leur créance à l'avènement d'une procédure collective subséquente, qu'en est-il du droit de l'OHADA ?

L'AUPC prévoit dans le 2 de l'alinéa 1^{er} de l'article 141 que : « *En cas de résolution ou d'annulation du concordat de redressement, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens et nomme un syndic. Il est constitué une seule masse de créanciers antérieurs et postérieurs au concordat* »⁹⁴⁶. Le dernier alinéa de l'article 141 du même texte ajoute que : « *Les créances antérieurement admises sont reportées d'office au nouvel état des créances, sous déduction des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre des dividendes* ». En effet, la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, suite à la résolution ou à l'annulation du concordat, emporte la création de deux masses de créanciers⁹⁴⁷. D'une part, la masse des créances antérieures au concordat comprenant toutes les créances antérieures au concordat, mais également les créances contre la masse antérieures au concordat. Et d'autre part, la masse de créances postérieures au concordat qui, généralement, sont des créances exclusivement de droit commun dans la mesure où leur naissance est postérieure à la décision d'homologation du concordat de redressement. Cette distinction peut prêter à confusion quant au sort des créances contre la masse de la

⁹⁴⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9e éd. 2010, n° 632, p. 434.

⁹⁴⁶ Cf. art. 139 et 140 de l'AUPC sur les causes d'annulation ou de résolution du concordat.

⁹⁴⁷ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 272, p. 262.

procédure de redressement judiciaire, d'autant plus que les créances contre la première masse se retrouvent, à l'ouverture d'une procédure collective subséquente, dans la masse des créances antérieures au concordat. De ce fait, les créances contre la première masse conservent-elles leur droit au paiement prioritaire, lorsqu'elles n'ont pas été spontanément payées à l'échéance, dans la procédure collective subséquente ?

C'est l'article 142 *in fine* de l'AUPC qui permet de répondre à cette question dans la mesure où « *les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse* ». En effet, l'AUPC rompt également avec la solution retenue par le droit français, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, en prévoyant que les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de priorité par rapport aux créanciers composant cette masse dans le cadre de la seconde procédure collective⁹⁴⁸. Autrement dit, les créanciers contre la masse de la procédure de redressement judiciaire, convertie en liquidation des biens, conservent leur droit de paiement par priorité, lorsqu'elles n'ont pas été payées à l'échéance. Dès lors, la solution de l'AUPC consiste soit à une fiction juridique permettant de considérer que la première et la seconde procédure collective forment une seule procédure, soit à un argument qualifiant la cause de préférence des créances contre la masse d'un privilège qui survit d'une procédure à l'autre. Selon un auteur, cette situation se justifie par le fait que « *l'annulation ou la résolution du concordat n'a pas pour effet de remettre en cause une position privilégiée qui existait avant l'adoption du concordat* »⁹⁴⁹. Nous ne partageons pas ce point de vue et pensons qu'elle est critiquable dans la mesure où le droit de priorité n'est pas un privilège au sens des dispositions de l'AUS ou du Code civil et qu'il n'existe pas de privilège sans texte, puisqu'une disposition législative doit prévoir le privilège pour qu'il puisse exister.

En cela, la solution de l'AUPC à l'égard de la survivance de la cause de préférence pose un problème de coordination juridique étant donné qu'en droit, les causes d'extinction du privilège sont singulières. En application du principe *accessorium sequitur principale*, le privilège s'éteint de deux manières : par l'extinction ou par la prescription de la créance garantie⁹⁵⁰. La limitation des causes d'extinction du privilège exclut inexorablement la résolution d'un plan de sauvegarde, de continuation ou d'un

⁹⁴⁸ Cf. art. 142 *in fine* AUPC.

⁹⁴⁹ F. M. SAWADOGO, op. cit., n°294, p. 286.

⁹⁵⁰ C'est le principe selon lequel l'accessoire suit le sort du principal. C. Civ., art. 2488.

concordat comme cause d'extinction du privilège. En effet, le privilège survit à la résolution d'un plan ou du concordat. De ce raisonnement, nous percevons que le droit de priorité de l'AUPC n'est plus une simple priorité de paiement dans la mesure où l'article 142 *in fine* de l'AUPC instaure une priorité ayant la nature d'un privilège, à l'image du privilège réservé, par le droit français, aux créances postérieures bénéficiaires du traitement préférentiel non payées à l'échéance. Nous osons espérer, *de lege ferenda*, une qualification de la cause de préférence des créances contre la masse dénuée de toute équivoque. Pour cela, l'AUPC devra expressément préciser si cette cause de préférence est un privilège, comme l'entend la loi de sauvegarde des entreprises ou si elle demeure une simple priorité de paiement, comme cela a été analysé par la jurisprudence française, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. En attendant une prise de position claire, nous sommes en face d'un droit de priorité *sui generis* auquel nous proposons d'attribuer une nouvelle appellation, eu égard à son caractère particulier. Ainsi, à défaut de qualifier la cause de préférence des créances contre la masse de privilège par la prochaine réforme de l'AUPC, ce droit de priorité pourrait être qualifié de « *droit de priorité amélioré* ». Dès lors, il sera intéressant de déterminer l'assiette du droit de préférence des créanciers postérieurs.

Paragraphe 2 : L'assiette du droit de préférence des créances postérieures

644. L'assiette est de manière générale, la base matérielle sur laquelle porte un droit et qui concourt à délimiter concrètement celui-ci. En matière de sûreté, l'assiette est constituée des biens sur lesquels porte cette sûreté. De ce fait, la détermination de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures passe par la recherche des biens compris (A) et de ceux exclus de ladite assiette (B).

A- Les biens compris dans l'assiette du droit de préférence des créances postérieures

645. La recherche des biens compris dans l'assiette du droit de préférence pose deux questions à savoir : la question des biens concernés par le droit de préférence (1) et la question de l'applicabilité à ces biens du principe de la subsidiarité (2).

1) La tentative de détermination des biens concernés

646. A titre liminaire, l'assiette du droit de priorité du créancier contre la masse n'a pas été déterminée de manière légale et/ou jurisprudentielle. En se conformant aux dispositions de l'AUPC, la déduction permet de considérer que la priorité de rang des créanciers détenant une créance contre la masse a pour assiette tous les biens du débiteur, puisque « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »⁹⁵¹. Et à l'article 2285 du Code civil d'ajouter que : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Parallèlement, la loi de sauvegarde des entreprises ne détermine pas non plus les biens sur lesquels s'exerce le privilège du créancier postérieur élu. C'est la doctrine qui conclut que dans la mesure où il s'agit d'un privilège général au sens des dispositions du Code civil, il devrait s'exercer sur tous les biens meubles et immeubles du débiteur, à l'exclusion de ceux soumis à une clause d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité⁹⁵².

647. En France, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, c'est la doctrine qui a tenté de délimiter l'assiette du droit de priorité qui couvre les créances postérieures non payées à l'échéance. De ce fait, certains auteurs ont proposé de reconnaître une portée générale au droit de priorité du créancier postérieur⁹⁵³. A cet effet, tous les biens du débiteur sont mis à la disposition du désintéressement du créancier postérieur, à l'exception des biens soumis à une clause d'insaisissabilité et ceux soumis à des clauses d'inaliénabilité conventionnelles ou par effet du jugement arrêtant le plan de continuation. Dès lors, il est peu important que les biens soient grevés de sûretés, puisque les créanciers postérieurs peuvent saisir un bien nanti qui n'a pas déjà fait l'objet d'une décision d'attribution judiciaire⁹⁵⁴. Les biens revenus dans l'actif du débiteur, par l'exercice des actions en reconstitution de l'actif, sont aussi concernés par le droit de priorité du créancier postérieur de l'article 40⁹⁵⁵. Quant aux sommes

⁹⁵¹ C. civ., art. 2284.

⁹⁵² F. PEROCHON, op. cit., 9^e éd., n°792.

⁹⁵³ F. DERRIDA et alii, op. cit., n°413 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Lexis Nexis, 2^e éd., n°1144 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., 7^e éd., n°609 ; R. CHAPUT, op. cit., n°504 ; Y. GUYON, op. cit., n°1253.

⁹⁵⁴ Com. 6 mars 1990, D. 1990. 311, note F. DERRIDA.

⁹⁵⁵ Reconstitution de l'actif du débiteur par des actions en revendication (C.com., art. L624-9 et s.) et des actions en nullités de la période suspecte (C.com., art. L632-1 et s.).

recouvrées par l'action en comblement du passif dirigée contre le dirigeant social, elles permettent le paiement de tous les créanciers au *marc le franc*⁹⁵⁶.

Dans tous les cas, nous pensons que la détermination de l'assiette du droit de priorité, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, est également applicable à la priorité de paiement des créances contre la masse de l'AUPC. Au surplus, la tentative de détermination doctrinale de l'assiette du droit de priorité permet de soulever une identité de traitement entre la priorité et le privilège général tel que prévu par le Code civil.

648. L'analogie du traitement entre la priorité et le privilège permet de dire que, eu égard à la détermination de l'assiette du droit de priorité, ce dernier est traité comme un privilège dans la mesure où son assiette est comparée à celle du privilège général. Cette identité de traitement n'empêche pas, dans le cadre du droit de priorité améliorée des créances contre la masse, bien que n'ayant pas la qualification de privilège, la prise en compte de son caractère particulier.

Ainsi, la spécificité du droit de priorité des créances contre la masse nécessite de prévoir explicitement, dans la réforme de l'AUPC, l'exigence du critère du profit à la masse lors de la naissance des créances postérieures méritantes. Ceci, parce que le privilège des créances postérieures en droit français est étroitement lié à la qualité de la créance, qualité mise en œuvre par l'ajout des critères téléologiques aux critères classiques de naissance de la créance postérieure méritante préexistants. La modification du droit de l'OHADA dans ce sens, exclurait toute équivoque quant à la détermination de l'assiette du droit de préférence des créances contre la masse et permettrait d'être fixé sur la possibilité d'appliquer le principe de la subsidiarité.

2) L'applicabilité du principe de la subsidiarité

649. Le principe de la subsidiarité exige que l'exécution se poursuive en premier lieu sur les meubles puis, en cas d'insuffisance des meubles, sur les immeubles. En effet, le principe de la subsidiarité impose au créancier titulaire d'un privilège général de ne saisir les immeubles du débiteur qu'en cas d'insuffisance de l'actif mobilier de ce dernier. Le but étant de réduire l'atteinte portée au crédit immobilier par les privilèges occultes.

⁹⁵⁶ Com. 20 mai 1997, n°95-12.162, Bull. Civ. IV, n°147.

650. La loi du 25 janvier 1985 ne permettait pas expressément l'application du principe de la subsidiarité. Cependant, la qualification du droit de priorité de l'article 40 en privilège aurait conduit la Cour de cassation à l'application des dispositions de l'article 2376 du Code civil applicables aux privilèges généraux. Cependant, eu égard à l'identité de traitement entre la priorité et le privilège, nous pensons que le principe de la subsidiarité doit normalement s'appliquer à la saisie des biens formant l'assiette de la priorité. Cette solution vaut également pour le droit de priorité institué par l'AUPC. En ce sens, l'exercice du droit de priorité du créancier contre la masse doit se faire d'abord sur les biens meubles et c'est seulement en cas de leur insuffisance que la saisie portera sur les immeubles du débiteur.

651. Le principe de la subsidiarité sur les immeubles est applicable aux créanciers postérieurs méritants dans la mesure où ils sont titulaires d'un privilège général. De ce fait, le créancier postérieur sera payé prioritairement sur les meubles et en cas d'insuffisance des actifs mobiliers, il sera payé sur le prix de vente des immeubles. Le principe de la subsidiarité est également applicable à la vente isolée en liquidation judiciaire, à la vente d'un bien grevé de sûreté pendant la période d'observation ou pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de continuation et lors de la répartition de la quote-part du prix de la vente déposé à la Caisse des Dépôts et Consignations. Cependant, le principe de la subsidiarité ne peut pas s'appliquer aux biens exclus de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures.

B- Les biens exclus de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures

652. Une concurrence de paiement peut apparaître entre les créanciers postérieurs privilégiés ou prioritaires et certains créanciers inscrits sur un bien déterminé, donc détenteurs d'un privilège spécial.

653. En conséquence, les biens grevés d'un privilège spécial se trouvent exclus de l'assiette du droit de préférence du créancier postérieur dans la mesure où c'est le créancier titulaire du privilège spécial qui sera payé en priorité. Les biens exclus de l'assiette du droit de préférence sont de plusieurs sortes. Il s'agit d'abord des biens non entrés dans le patrimoine du débiteur (1). Ensuite, des biens sortis du patrimoine du débiteur (2). Et enfin, des biens retenus hors du patrimoine du débiteur (3).

1) Les biens non entrés dans le patrimoine du débiteur

654. Les biens non entrés dans le patrimoine du débiteur peuvent être exclus de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures parce qu'une action directe a été mise en œuvre ou que la propriété des biens n'a pas été transférée au débiteur.

a- L'exercice de l'action directe

655. Parallèlement au droit français, le droit interne de la plupart des pays membres de l'OHADA reconnaît l'action directe en ce qu'elle permet au créancier d'agir en justice en son nom et pour son propre compte contre le débiteur de son débiteur. En conséquence, la mise en œuvre de l'action directe permet que le paiement du tiers ne se fasse qu'entre les mains du créancier auteur de l'action en justice. Ce créancier n'entre donc pas en concurrence avec les autres créanciers du débiteur y compris les créanciers postérieurs titulaires de la priorité ou du privilège de paiement. C'est le même mécanisme qui s'opère concernant la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA).

a-1) La mise en œuvre de l'action directe

656. En pratique, l'action directe est le plus souvent mise en œuvre en matière de droit des assurances. Ainsi, l'article L121-13 du Code des assurances permet au créancier titulaire d'une sûreté spéciale sur un bien du débiteur d'obtenir, en cas de sinistre sur le bien, l'attribution directe de l'indemnité d'assurance⁹⁵⁷.

Le Code de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances (CIMA) applicable dans la plupart des pays membres de l'OHADA reconnaît également les mêmes objectifs à l'exercice de l'action directe en matière d'assurance. En effet, l'article 54 alinéa 1^{er} dudit Code prévoit que : *« L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré »*.

⁹⁵⁷ C. ass., art. L121-13 : *« Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du code civil. En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme »*.

Cette technique permet d'écarter la préférence des créanciers postérieurs sur les sommes étant donné que le fruit de l'action directe ne sera pas versé à l'actif de la procédure collective, mais directement au créancier ayant exercé l'action. En effet, l'exercice de l'action directe appartient à la victime ou aux victimes⁹⁵⁸, lorsqu'elles n'ont pas été encore indemnisées soit par l'assuré⁹⁵⁹, soit par un tiers⁹⁶⁰. A cet effet, le droit d'exercer l'action directe est étroitement lié à l'existence de la créance d'indemnisation. Au surplus, la mise en œuvre de l'action directe évite précisément le passage de la créance d'indemnité dans le patrimoine de l'assuré, elle permet en effet son acquisition directe par la victime.

a-2) Le mécanisme de la Taxe sur la Valeur Ajoutée

657. La TVA est un impôt général sur la consommation qui est directement facturé aux clients (consommateurs) sur les biens qu'ils consomment ou les services qu'ils utilisent sur le territoire national.

658. La TVA sur le prix de vente d'actifs du débiteur n'entre pas dans le patrimoine du débiteur dans la mesure où la TVA mentionnée sur la facture de vente d'actifs doit être reversée de plein droit au Trésor public. Il s'agit là de la distinction essentielle entre TVA collectée et TVA déductible, chère à la comptabilité générale⁹⁶¹. Par conséquent, n'entre dans le patrimoine du débiteur que le prix de vente hors taxe sur lequel les créanciers postérieurs peuvent exercer leur droit de préférence⁹⁶². Le privilège ou la priorité améliorée des créanciers postérieurs ne peut pas avoir pour assiette la TVA étant donné que la différence entre la TVA collectée et la TVA déductible est couverte par le privilège du Trésor public et c'est à ce dernier qu'elle sera versée.

b- La propriété conservée

659. La conservation de la propriété comprend tous les mécanismes juridiques qui consistent à mettre à la disposition du débiteur des biens, sans que leur propriété lui soit transférée. La conservation de la propriété est, en premier lieu, matérialisée par les

⁹⁵⁸ Victimes immédiates ou par ricochet ou encore aux personnes subrogées.

⁹⁵⁹ Il s'agit là du débiteur sous procédure collective.

⁹⁶⁰ Cf. P. INGA-WENDE BERNARD SYLVAIN KOROGO, *L'assurance de responsabilité civile du transporteur de marchandises*, Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest/Unité universitaire de Bobo-Dioulasso, 2008.

⁹⁶¹ D. GOUADAIN et E. B. WADE, *Comptabilité Générale, système comptable OHADA*, AUF, éditions ESTEM, p. 203.

⁹⁶² Com. 2 juin 2004, n°01-11.757, Bull. Civ. IV, n°112.

contrats non translatifs de propriété comme le contrat de location ou le contrat de dépôt. En second lieu, il s'agit des contrats qui, à terme, transfèrent la propriété du bien au cocontractant, mais permettant avant l'arrivée du terme, la conservation de la propriété du bien. C'est le cas notamment du crédit-bail, de la location-vente, de la location avec option d'achat et du contrat contenant une clause de réserve de propriété. En effet, dans ces types de contrats, le cocontractant peut valablement se faire payer en procédant à la reprise et à la revente du bien objet du contrat.

660. Il sera dès lors important de commencer par étudier la situation du crédit-bail, avant de s'attarder sur le sort de la clause de réserve de propriété.

b-1) Le crédit-bail

661. Contrairement à la location-vente et à la location avec option d'achat, le crédit-bail ne sera opposable aux ayants-cause et aux créanciers du locataire qu'après l'accomplissement de la formalité de publicité⁹⁶³. En l'absence de publicité, le crédit-bailleur doit apporter la preuve de la connaissance de son droit de propriété par les tiers.

En droit de l'OHADA, c'est l'article 40 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial General (AUDCG) qui prévoit la constitution du crédit-bail par un formulaire conservé au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier⁹⁶⁴. En effet, en cas de procédure collective du crédit-preneur, le crédit-bailleur a la possibilité de reprendre le bien et de le vendre⁹⁶⁵.

⁹⁶³ Concernant la publicité du Crédit-bail, v. C. mon. et fin., art. R313-3 à R313-11.

⁹⁶⁴ Art. 40 de l'AUDCG : « Toute demande d'inscription, de modification, de renouvellement et de radiation d'une sûreté et d'un contrat de crédit-bail, est établie sur le formulaire mis à disposition à cet effet par le greffe ou l'organe compétent dans l'Etat Partie du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, sauf le cas d'utilisation des moyens électroniques.

La demande est signée par les personnes visées à l'article 51 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Le signataire, sauf s'il est avocat, professionnel agréé, huissier, notaire ou syndic, doit justifier de son identité et être muni d'une procuration signée de la personne qui demande l'inscription. Le formulaire dûment rempli est conservé par le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Une copie de ce formulaire auquel est joint le dossier individuel constitué des pièces certifiées conformes est immédiatement adressée au Fichier National ».

⁹⁶⁵ Art.101 AUPC : « Les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus. Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications » ; C.com., art. L624-10. : « Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Cette reprise se fait en droit français par l'exercice, par le crédit-bailleur, d'une action en restitution qui n'est pas enfermée dans un carcan procédural et de délai. Cependant, à titre de sanction, en droit français, le crédit-bailleur dont la publicité du contrat a été irrégulière ne peut pas exercer l'action en revendication ouverte au propriétaire du bien dont le contrat n'a pas fait l'objet d'une publication. Dans ce cas, le crédit-bail non publié ou dont la publication a été irrégulière est purement et simplement inopposable à la procédure collective⁹⁶⁶.

Le droit de l'OHADA ne prévoit pas explicitement de sanction du crédit-bail n'ayant pas respecté les conditions d'opposabilité au tiers, mais nous pensons que le non-respect des conditions d'opposabilité du crédit-bail fixées par l'AUDCG doit être sanctionné et que cette sanction aura pour conséquence d'empêcher la mise en œuvre de l'action en revendication telle que prévue par l'AUPC. Par ailleurs, les difficultés liées à la computation des délais en matière de revendication en droit de l'OHADA se posent également concernant la revendication du bien objet d'un crédit-bail⁹⁶⁷.

Dans tous les cas, la situation est loin d'être simple en droit de l'OHADA, puisqu'en tant que contrat conclu *intuitu personae*, le crédit-bail est régi par les dispositions de l'article 107 de l'AUPC prévoyant la résiliation de plein droit des contrats conclus en considération de la personne du débiteur dès l'ouverture de la procédure collective. Cette position que nous considérons déjà néfaste aux objectifs de sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi, n'a pas fort heureusement été retenue par le législateur camerounais. En effet, la loi camerounaise sur le crédit-bail va clairement dans le sens opposé de la disposition de l'article 107 de l'AUPC en prévoyant dans son article 54 que :

« (1) Une procédure collective engagée contre le crédit-preneur n'entraîne pas d'office la rupture du contrat de crédit-bail.

(2) Dans cette hypothèse, le crédit-preneur a la possibilité de poursuivre l'exécution de ses obligations conformément aux termes du contrat, étant entendu que tous les loyers

⁹⁶⁶ Com. 11 mai 2010, Bull. civ. IV, n° 88; D. 2010. Actu. 1276, obs. A. LIENHARD; Rev. sociétés 2010. 409, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; RTD com. 2011. 174, obs. A. MARTIN-SERF ; Leden juillet 2010, p. 5, obs. LEGRAND; Gaz. Pal. 2-3 juillet 2010, p. 40, obs. E. LE CORRE-BROLY; JCP E 2010. 1742, n° 12, obs. M. CABRILLAC; JCP 2010. 791, note J. LASSERRE CAPDEVILLE; Act. proc. coll. 2010, n° 177, obs. PETIT; RJDA 2010, n° 983.

⁹⁶⁷ V. supra, n°514.

des au titre du contrat de crédit-bail à la date d'ouverture d'une procédure collective du crédit-preneur, échus ou à échoir, sont payables selon leurs montants et leurs dates d'exigibilité conformément aux conditions générales et particulières du contrat de crédit-bail.

(3) Si le crédit-preneur soumis à la procédure collective ne peut continuer à honorer ses engagements, le crédit-bailleur a la faculté d'user de tous les recours prévus dans le contrat de crédit-bail et dans la présente loi ».

La solution retenue par la loi camerounaise en matière de crédit-bail ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'article 10 du Traité de Port-Louis ? En d'autres termes, les dispositions de la loi camerounaise, en excluant la rupture de plein droit du crédit-bail ne sont-elles pas contraires aux dispositions du droit de l'OHADA ?

A première vue, la réponse est affirmative, puisque les dispositions de la loi camerounaise sont contraires à celles de l'AUPC, notamment l'article 107, et par conséquent, l'article 10 du Traité de Port-Louis écarte toute disposition antérieure ou postérieure contraire à la réglementation de l'OHADA. Cependant, il apparaît que la solution de la loi camerounaise sur le crédit-bail est spécifique à un problème non élucidé par l'AUPC. De notre point de vue, les dispositions de l'article 107 constituent le principe général de la résiliation de plein droit des contrats conclu en considération de la personne, alors que les dispositions de la loi camerounaise sur le crédit-bail sont une exception au principe général pour des motifs propres à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

En somme, le législateur camerounais a permis au crédit-bailleur de procéder à la revendication du bien objet du contrat, afin d'éviter le concours des autres créanciers fussent-ils titulaires d'une créance contre la masse⁹⁶⁸. Toutefois, l'article 21 de la loi camerounaise encadre rigoureusement la procédure de revendication du crédit-bailleur, puisqu'il fait recours aux dispositions de l'AUPC en matière de revendication en prévoyant que : *« Lorsque le crédit-preneur, qui n'a pas payé un ou plusieurs termes des loyers fait l'objet d'une procédure collective judiciaire, le crédit-bailleur ne peut revendiquer le bien loué que dans les conditions prévues par les articles 101 et suivants de l'acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives*

⁹⁶⁸ Cf. J. PENDA DISSAK, *Le crédit-bail dans l'espace OHADA*, Université de Douala - Master II professionnel juriste conseil d'entreprise, 2008.

d'apurement du passif ». Dans tous les cas, l'action prévue aussi bien par l'AUPC que la loi camerounaise est une action en revendication enfermée dans une procédure et le respect de délai contrairement à l'action en restitution retenue par le droit français en matière de crédit-bail valablement publié.

b-2) La réserve de propriété

662. La clause de réserve de propriété est la clause par laquelle un vendeur, pour garantir sa créance, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. La validité de la clause de réserve de propriété n'est soumise à l'accomplissement d'aucune formalité particulière. Cependant, l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la procédure collective est soumise à une convention écrite établie au plus tard au moment de la livraison du bien⁹⁶⁹. L'article 103 alinéa 2 de l'Acte uniforme exige en outre que cette clause ait été « *régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* ». La publication de la clause de réserve de propriété est facultative en droit français, néanmoins elle a le mérite de faciliter l'action du vendeur qui ne sera plus une action en revendication, mais une action en restitution⁹⁷⁰.

Le vendeur, en tant que propriétaire des biens vendus, est le titulaire principal du droit de revendication. Il peut revendiquer la propriété des biens dont le prix de la vente n'a pas été intégralement payé. Par ailleurs, un paiement partiel ne fait pas échec à l'exercice du droit de revendication. En droit français, il a été admis que la revente du bien vendu avec réserve de propriété transporte, par subrogation réelle, le prix non encore payé par le sous-acquéreur, avant l'ouverture de la procédure collective du revendeur, dans le patrimoine du vendeur initial, à qui le sous-acquéreur ne peut pas opposer les exceptions dont il dispose contre le revendeur⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ Com. 31 janvier 2012, n°10-28407, BICC n°761 du 1er mai 2012 ; A LIENHARD, *Clause de réserve de propriété : relation d'affaires entre les parties*, D. n°7, 16 février 2012, p. 432. Art. 73 AUS : « *A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* ».

⁹⁷⁰ V. supra, n°519.

⁹⁷¹ Com.18 janvier 2011, n° 07-14181 : M. X et a. c/ M. Y et a. – F-D – Rejet pourvoi c/ CA Bastia, 7 février 2007, note F. PÉROCHON ; Com. 14 décembre 2010, n° 09-71767 : Ciat SA c/ M^e W, ès-qual. SA Saitec et a. – FS-P+B – Rejet pourvoi c/ CA Lyon, 3^e ch. civ., sect. A, 10 septembre 2009, note F. PÉROCHON.

2) *Les biens sortis du patrimoine du débiteur*

663. Les biens peuvent sortir du patrimoine du débiteur parce qu'ils ont été aliénés ou mis sous séquestre.

a- Les biens aliénés

664. L'« *aliénation* » désigne le résultat d'une opération juridique qui a pour conséquence de faire sortir un bien ou un droit du patrimoine de celui qui en est l'actuel propriétaire ou l'actuel titulaire⁹⁷². Donc, l'aliénation des biens du débiteur peut s'effectuer à titre gratuit, par la donation ou à titre onéreux, c'est-à-dire par la vente.

665. Le bien aliéné, à quelque titre que ce soit, sort du champ d'application du privilège ou de la priorité de paiement du créancier postérieur. Pour cela, il faut que l'aliénation ait été opposable aux créanciers. En effet, conformément à l'article L622-30 alinéa 1^{er} du Code de commerce: *«Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture »*.

La même solution découle des dispositions de l'AUPC qui tendent à geler le passif du débiteur par l'effet du jugement d'ouverture de la procédure collective. En ce sens, un acte translatif de propriété qui a eu une date certaine avant l'ouverture de la procédure collective ne peut plus être remis en cause.

A défaut, le créancier postérieur considérera que le bien aliéné n'a pas été sorti du patrimoine de débiteur et il pourra, par conséquent, y exercer son droit de préférence. A cela, il faut ajouter l'incidence de la fraude paulienne ou du jeu des nullités de la période suspecte comme obstacle à l'opposabilité de l'aliénation des biens du débiteur sous procédure collective. Dans ce cas également, le bien aliéné considéré comme inopposable à la procédure collective réintégrera le patrimoine du débiteur⁹⁷³.

666. Dans tous les cas, certaines techniques, qui consistent à sortir des biens ou des créances du patrimoine du débiteur, permettent le paiement du créancier antérieur ou du

⁹⁷² <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/alienation-aliener.php>.

⁹⁷³ V. art. 67 et s. AUPC et C.com., art. L632-1 et s.

créancier postérieur non éligible au traitement préférentiel⁹⁷⁴. C'est le cas notamment de la cession de créances, de la délégation de créance, de la fiducie-sûreté et de l'effet de la saisie-attribution ou de l'avis à tiers détenteur sur les créances à exécution successive qui a favorablement joué avant le jugement d'ouverture.

b- Les biens mis sous séquestre

667. La mise sous séquestre est la mesure conservatoire à caractère provisoire permettant de mettre sous main de justice une somme d'argent, un bien meuble ou immeuble afin de le rendre momentanément indisponible jusqu'à ce qu'intervienne une transaction entre les parties, ou bien jusqu'à ce que soit rendue une décision de justice⁹⁷⁵. Elle intervient en général lorsque des personnes se disputent la propriété d'un bien. Le séquestre est également la personne auquel un Tribunal confie le soin d'assurer la garde et l'administration d'un bien.

668. La situation des biens mis sous séquestre différera selon que le vendeur ou le séquestre est sous procédure collective.

b-1) La procédure collective du vendeur

669. Concernant la procédure collective qui survient lors de la vente d'un bien avec le versement du prix de vente par l'acquéreur entre les mains du séquestre, la jurisprudence sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 avait considéré que le séquestre ne prenait pas fin. Ainsi, le prix de vente séquestré avant le jugement d'ouverture de la procédure collective échappait au concours des créances fussent-elles postérieures, parce que le séquestre dispose d'un mandat irrévocable d'effectuer les paiements⁹⁷⁶. Cette solution s'applique donc aisément au prix de vente d'un fonds de commerce séquestré avant le jugement d'ouverture de la procédure collective⁹⁷⁷. Par ailleurs, le

⁹⁷⁴ Cf. D. SAKHO, *Les garanties-propriétés*, Université Gaston Berger de Saint-Louis - Maîtrise es sciences juridiques, 2007.

⁹⁷⁵ Cass. 3e civ., 20 décembre 1977, Bull. civ. 1977, III, n° 461.

⁹⁷⁶ Com. 20 juin 1995, n°92-16.647, Bull. Civ. IV, n°18 ; Com. 26 juin 2001, Act. proc. coll. 2001/16, n°205, obs. C. RÉGNAUT-MOUTIER; Com. 7 janvier 2003, n°00-11.820, inédit titré, Act. proc. coll. 2003/4, n°50 ; Com. 11 juin 2003, n°00-10.992, inédit titré, Rev. proc. coll. 2004, p.214, n°11, obs. Ch. LEBEL ; Com. 3 mai 2006, n°04-18.662, inédit, n°518 F-D, Gaz. proc. coll. 2006/3, p. 28, obs. M. SÉNÉCHAL; Com. 26 septembre 2006, n°05-14.487, inédit, n°1053 F-D, D. 2007, pan. Comm. p.47, obs. P.-M. LE CORRE.

⁹⁷⁷ Com. 20 juin 1995, n° 92-16.647 : Bull. civ. 1995, IV, n° 186. Com. 26 juin 2001 : Act. proc. coll. 2001-16, comm. 205, obs. C. REGNAUT-MOUTIER. Com. 7 janvier 2003, n° 00-11.820, NPT, Act. proc. coll. 2003-4, comm. 50 ; JCP N 2003, 1594, p. 1696, note F. VAUVILLÉ ; Rev. proc. coll. 2004, p. 214, n° 10, obs. Ch. LEBEL ; LPA 12 avril 2005, n° 72, p. 10, obs. M. SÉNÉCHAL. Com. 11 juin 2003,

séquestre engageait sa responsabilité civile professionnelle envers le créancier inscrit sur le prix de vente du bien, lorsqu'il le remet au liquidateur avant jugement d'ouverture⁹⁷⁸.

670. Le décret du 28 décembre 2005, complétant la loi de sauvegarde des entreprises, a changé la situation, puisque l'article R622-19 alinéa 1^{er} du Code de commerce, applicable en sauvegarde, en redressement judiciaire⁹⁷⁹ et en liquidation judiciaire⁹⁸⁰, prévoyait que : « *Conformément au II de l'article L. 622-21 du Code de commerce, les procédures de distribution du prix de vente d'un immeuble et les procédures de distribution du prix de vente d'un meuble, ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture, en cours au jour de ce jugement sont caduques. Les fonds sont remis au mandataire judiciaire, le cas échéant par le séquestre qui par cette remise est libéré à l'égard des parties* ».

Ainsi, les séquestres qui s'inscrivent dans une procédure de distribution du prix d'un meuble sont appréhendés par l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution⁹⁸¹. De ce fait, le prix de vente séquestré avant le jugement d'ouverture de la procédure collective réintègre le patrimoine du débiteur ayant vendu le bien. A ce niveau, le problème concerne la détermination des séquestres ne s'inscrivant pas dans une procédure de distribution du prix de vente d'un meuble. Une partie de la doctrine retient la généralité des dispositions de l'article R622-19 alinéa 1^{er} du Code de commerce qui doit concerner tous les séquestres sans distinction aucune⁹⁸². Pour l'autre partie majoritaire de la doctrine, les séquestres conventionnels devaient résister à la procédure collective⁹⁸³. Cette controverse se retrouvait également au sein de la jurisprudence⁹⁸⁴. Il a fallu attendre la décision de la Cour de cassation du 08 juin 2010

n° 00-10.992, NPT ; Rev. proc. coll. 2004, p. 214, n° 11, obs. Ch. LEBEL. Com. 3 mai 2006, n° 04-18.662, NP, n° 518, F-D : Gaz. proc. coll. 2006/3, p. 28, obs. M. SENECHAL ; JCP N 2007, 1263, p. 28, note F. VAUVILLE. Com., 26 septembre 2006, n° 05-14.487, NP, n° 1053, F-D : D. 2007, p. 47, obs. P.-M. LE CORRE ; Gaz. proc. coll. 2007/1, p. 34, note M. SENECHAL.

⁹⁷⁸ Com. 9 novembre 2004, n° 02-11.757, NP.

⁹⁷⁹ C.com., art. R. 631-20, ancien D. 28 décembre 2005, art. 189.

⁹⁸⁰ C.com., art. R. 641-24, ancien D. 28 décembre 2005, art. 235 ; C.com., art. R. 641-23, ancien D. 28 décembre 2005, art. 234.

⁹⁸¹ C.com., art. L622-21.

⁹⁸² Ph. FROELICH et M. SENECHAL, in F.-X. LUCAS et H. LECUYER, (dir.), *La réforme des procédures collectives - La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ 2006, p. 294. Com. 3 mai 2006, n° 04-18.662, NP, n° 518, F-D : JCP N 2007, 1263, p. 29, note F. VAUVILLE.

⁹⁸³ Com. 24 avril 2007, n° 06-16.215, n° 634, F-P+B : D. 2007, p. 1275, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2007, chron. 2119, n° 15, p. 27, obs. M. CABRILLAC.

⁹⁸⁴ T. com. Nanterre, 1^{re} ch., 22 janvier 2008, RG n° 2007F01126. TGI Paris, 1^{re} ch., 21 mai 2008, RG n° 07/04918 : D. 2008, p. 1823, note A. LIENHARD. CA Paris, pôle 1^{er}, 2^e ch., 23 septembre 2009, RG n°

pour éclaircir la situation en confirmant la caducité des séquestres conventionnels à l'ouverture d'une procédure collective contre le vendeur du fonds de commerce⁹⁸⁵.

671. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a permis de lever l'équivoque contenue dans l'article L622-21-II du Code de commerce, dans la mesure où la disposition se réfère désormais à toute procédure de distribution, donc toutes les procédures de distribution tombent sous le coup de l'ouverture d'une procédure collective. Le prix de vente séquestré revient dans l'actif du débiteur et sera soumis au droit de préférence des créanciers postérieurs.

672. La question de l'exclusion de prix de vente séquestré n'a pas été traitée de la même manière en droit de l'OHADA étant donné que l'article 218 AUS prévoit que : *« Lorsque la créance litigieuse a fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée, les sommes séquestrées sont spécialement affectées, par privilège sur tous autres, au paiement de la créance du poursuivant. Elles se trouvent frappées de saisie conservatoire pendant la durée de la procédure »*. En ce sens, en droit de l'OHADA, contrairement à la solution actuellement retenue en droit français, les sommes ayant fait l'objet d'un séquestre sont exclues de l'assiette du droit de préférence des créanciers contre la masse. En d'autres termes, les sommes objet d'un séquestre sont spécialement affectées à la garantie de la créance de la personne jugée devoir les obtenir. En conséquence, elles échappent au concours des autres créanciers fussent-ils prioritaires. En tout état de cause, la situation en droit français a connu, comme nous l'avons vu, une sérieuse fluctuation législative qui a permis d'asseoir la complexité de la question. En effet, le chapelet de situations créé par le droit français a conduit à une difficulté de compréhension, de la solution *in fine* retenue par la loi de sauvegarde réformée.

09/06625 : D. 2009, p. 2423, note A. LIENHARD. CA Lyon, 3e ch. civ., sect. A, 5 juin 2008, RG n° 07/06177 : Act. proc. coll. 2009, n° 29, note L.-C. HENRY - *Contra* TGI Paris, 1re ch., 18 juin 2008 : D. 2008, p. 1823, note A. LIENHARD, et sur appel CA Paris, pôle 5, 8e ch., 2 juin 2009, RG n° 08/14135 : D. 2009, p. 1691, note A. LIENHARD ; Gaz. proc. coll. 2009/3, p. 28, n° 2, note Ph. ROUSSEL-GALLE.
⁹⁸⁵ Com. 8 juin 2010, n° 09-68.591, FS-P+B : D. 2010, p. 1478, note A. LIENHARD : *« la procédure de distribution du prix de cession d'un fonds de commerce ayant fait l'objet, avant le jugement d'ouverture, d'un séquestre conventionnel en cours à la date de ce jugement, constitue une procédure de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture au sens des dispositions de l'article R622-19 du Code de commerce dans sa rédaction issue du décret du 27 juillet 2006 »*.

b-2) La procédure collective du séquestre

673. En application de l'article 1956 du Code civil, le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même sous procédure collective, à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains à la personne jugée devoir l'obtenir, sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire⁹⁸⁶. Cette situation n'est pas, en principe, remise en cause par l'ouverture d'une procédure collective contre le séquestre. En effet, l'obligation de restitution de la chose objet du séquestre permet de soustraire la chose à l'exercice du droit de préférence du créancier postérieur⁹⁸⁷. En outre, la personne jugée devoir obtenir les sommes séquestrées n'a pas non plus l'obligation de déclarer sa créance au passif du débiteur⁹⁸⁸, mais la Cour de cassation a jugé que, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une personne désignée séquestre d'une somme d'argent, les personnes qui entendent faire valoir des droits sur la somme séquestrée et qui ont vocation à se la voir remettre en tout ou en partie, ne peuvent préserver cette vocation qu'en procédant à une déclaration de créance à ce titre⁹⁸⁹.

674. Lorsque les sommes séquestrées ont été placées chez un tiers, notamment une banque, la solution sera identique à celle du syndic de copropriété sous procédure collective. En effet, ce dernier ouvre auprès d'une banque, un sous compte pour la gestion de chaque syndicat de propriété. Ainsi, en cas de procédure collective du syndic, le sous compte de gestion du syndicat de propriété ne peut se confondre avec les autres sous comptes ouverts auprès de la même banque par le syndic pour la gestion des autres syndicats de propriété. De ce fait, les sommes du sous compte appartiennent exclusivement au syndicat de propriété et ne peuvent être incorporées dans le patrimoine du syndic⁹⁹⁰.

⁹⁸⁶ C. civ., art. 1956: «*Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir* » ; Com. 13 novembre 2001, Bull. civ. IV, n°177 ; C. SOUWEINE, *Séquestre du prix de la vente d'un fonds de commerce et procédures de redressement ou de liquidation judiciaires*, RTD Com. 2004, p.647.

⁹⁸⁷ Com. 13 novembre 2001, n°97-16.652, Bull. Civ. IV, n°177.

⁹⁸⁸ Com. 16 octobre 2007, n°05-21.306, inédit, n°1103 F-D.

⁹⁸⁹ Com. 4 mars 1997, Bull. civ. IV, n° 64 ; D. 1997. IR. 120 : « *En cas de mise en redressement judiciaire d'un banquier, les droits des parties l'ayant constitué séquestre conventionnel à recouvrer la somme remise ou à la transférer chez un tiers, ne peuvent être exercés qu'aux mêmes conditions que celles s'imposant à d'autres déposants* ».

⁹⁹⁰ Cass. 3e civ., 23 sept. 2009, n° 08-18.355, n° 1048, FS-P+B, Gaz. Pal. 8 à 10 janvier 2010, n° 8 et 9, p. 26, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; JCP E 2010, chron. 1011, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; Act. proc. coll. 2009-17, comm. 264, note C. REGNAUT-MOUTIER ; Leden 7/2009, p. 1, note F.-X. LUCAS.

675. Lorsque les sommes séquestrées n'ont pas été placées chez un tiers, elles ne peuvent être rendues à la personne jugée devoir les obtenir⁹⁹¹. Cette personne n'a d'autre choix que de les déclarer au passif du séquestre.

Le droit de l'OHADA n'a pas prévu la situation de la procédure collective du séquestre, mais à notre sens, les hypothèses issues du droit français doivent pouvoir trouver application dans la mesure où d'une part, c'est le Code civil qui donne la définition du séquestre conventionnel dans la plupart des Etats membres de l'OHADA et d'autre part, les règles classiques formant le noyau dur du droit des procédures collectives étant identiques, la solution ira également dans le sens de la solution actuellement en vigueur en droit français.

3) Les biens retenus hors du patrimoine du débiteur

676. Le droit de rétention est une prérogative accordée par la loi à certains créanciers de conserver un objet mobilier qui leur a été remis en vue de l'exécution d'une prestation, et ce, jusqu'à ce qu'ils soient payés des sommes qui peuvent leur être dues en vertu du contrat à l'occasion de l'exécution duquel il est exercé⁹⁹². Le droit de rétention constitue un privilège opposable aux créanciers qui ne peuvent faire valoir leurs droits sur la chose tant qu'elle reste entre les mains de la personne qui exerce son droit de rétention. Le droit de rétention est opposable aux sous-acquéreurs de bonne foi⁹⁹³, il constitue un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette⁹⁹⁴. La rétention en matière immobilière ne pose pas de problème car les règles afférentes à la propriété immobilière seront facilement appliquées⁹⁹⁵. Cependant, en matière mobilière, la rétention pose des difficultés eues égard à l'apparence de propriété du débiteur sur les biens que cela entraîne dans l'esprit des créanciers. En effet, le droit de rétention reflète le cas d'un bien affecté au paiement exclusif du créancier. Ce privilège est reporté sur le prix si l'objet est vendu aux enchères.

⁹⁹¹ P.-M. LE CORRE, *Les séquestres et les procédures collectives*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, dossier 7.

⁹⁹² <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>.

⁹⁹³ Civ 1^{re}, 24 septembre 2009, n°08-10152, BICC n°717.

⁹⁹⁴ Com. 31 mai 1994, n° 92-16. 505, Bull. 1994, IV, n°195 ; Com. 3 mai 2006, n°04-15. 262, Bull. 2006, IV, n°106 ; X. DELPECH, *Opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur de bonne foi*, D. n°34, 8 octobre 2009, p. 2275-2276, note à propos de 1^{ère} Civ. 24 septembre 2009.

⁹⁹⁵ Communication de J. BOUGOUMA et F. M. SAWADOGO, sur l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, session de formation des formateurs magistrats, 18 mai-30 mai 2001, module II, ERSUMA, p.84-85.

En droit de l'OHADA, c'est l'article 67 de l'AUS qui prévoit que : « *Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent Acte uniforme* »⁹⁹⁶. C'est dans ce cadre que le règlement préventif auquel le débiteur a été admis, fait obstacle à l'exercice du droit de rétention, puisque le véhicule objet de la rétention est la chose d'un tiers resté étranger aux rapports juridiques existant entre la société BIT et Alliance, de ce fait, il ne saurait faire l'objet d'une rétention au sens de l'AUS⁹⁹⁷. En outre, exerce valablement son droit de rétention sur le véhicule vendu, le vendeur qui n'a pas reçu paiement du prix de vente de ce véhicule, puisqu'il est établi que le prix du véhicule n'avait pas été payé à la société COMAFRIQUE de sorte qu'elle était en droit de le retenir⁹⁹⁸.

Cette hypothèse n'existe pas dans la législation française car lorsqu'un prêteur détient les documents d'immatriculation d'un véhicule acheté à crédit, il ne peut, pour autant, exiger de se faire remettre le véhicule lui-même⁹⁹⁹. En revanche, le droit français admet que le garagiste est en droit de retenir le véhicule sous sa garde tant que le client n'a pas payé la facture de réparation¹⁰⁰⁰.

Cette possibilité est également admise en droit de l'OHADA où, le droit de rétention ne peut s'exercer sur le véhicule réparé par un garagiste, lorsque le débiteur des frais de réparation n'en est pas le propriétaire et si, au surplus il est soumis à une procédure de règlement préventif¹⁰⁰¹. Toutefois, le droit de rétention n'a pas été visé par le droit des procédures collectives dans le cadre de l'exercice de la priorité des créanciers contre la masse, mais les auteurs reconnaissent que le paiement du créancier contre la masse risque de se heurter aussi bien à la clause de réserve de propriété qu'au droit de rétention¹⁰⁰².

⁹⁹⁶ V. également art. 41 AUS.

⁹⁹⁷ CA Abidjan, N° 92, 31-1-2003, Dame Ghoussein Fadiga Malick ND c/ Société Alliance Auto, Ohadata J-03-226.

⁹⁹⁸ CA Abidjan, n°141, 14-2-2003, Ohadata J-03-299.

⁹⁹⁹ Com. 11 juillet 2000, Bull. Civ. IV n°142.

¹⁰⁰⁰ Civ. 1^{re} 7 janvier 1992, JCP 1992, 450.

¹⁰⁰¹ CA Abidjan, n°92 du 31 janvier 2003, Dame Ghoussein Fadiga Malick c/ Société Alliance Auto, Penant n°872, p.379, obs. R. ASSONSTA et H.M. TCHABO SONTANG.

¹⁰⁰² Cf. P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999.

677. Aucun texte n'indique qu'un créancier postérieur puisse être payé sur le prix de vente d'un bien grevé d'un droit de rétention¹⁰⁰³. De ce fait, il doit être payé sur le prix de vente du bien grevé après les créances salariales superprivilégiées, les frais de justice, les créances postérieures au jugement d'ouverture, la créance privilégiée du Trésor public et surtout après le créancier rétenteur¹⁰⁰⁴.

C'est la même solution que retient le droit de l'OHADA concernant l'opposabilité du droit de rétention au tiers qui acquiert la propriété d'un bien retenu¹⁰⁰⁵. Ainsi, le créancier contre la masse sera payé sur le prix de la vente du bien retenu à tout le moins après le paiement effectif du créancier rétenteur.

678. Le jeu du droit de rétention fictif conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil a été, depuis la loi du 18 décembre 2008, neutralisé pendant la période d'observation et l'exécution du plan¹⁰⁰⁶. Cependant, cette restriction ne devrait concerner que le droit de rétention fictif prévu par le 4° de l'article 2286 du Code civil car selon le rapport présidentiel de l'ordonnance du 18 décembre 2008, la neutralisation doit permettre « *au débiteur de continuer à faire usage du bien gagé, ce qui apparaît de nature à favoriser le maintien de l'exploitation. Celui-ci pourra, par exemple, utiliser les stocks grevés d'un gage sans dépossession soumis aux dispositions des articles L527-1 et suivants du Code de commerce. Le titulaire d'un tel gage tient en effet son droit de rétention de l'article 2286 (4.) du Code civil. En revanche, cette disposition n'affectera pas les droits de rétention institués par des textes spéciaux* »¹⁰⁰⁷. Ainsi, l'article 2286, 4° du Code civil ne devrait pas trouver application en cas de liquidation judiciaire, ni même en cas de cession partielle incluant le bien gagé prononcée dans le cadre d'une sauvegarde ou d'un redressement¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰³ B. SOINNE, op. cit. n°1149.

¹⁰⁰⁴ CA Angers, 16 septembre 2008, n° 07/01538, JurisData n° 2008-375828 Comm. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; V. également, Com. 15 juin 2011, n°10-17671 Non publié au bull. ; Com. 31 janvier 2012, n°10-19063, Non publié au bull.

¹⁰⁰⁵ P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, p.740.

¹⁰⁰⁶ C.com., art. L622-7 al. 2: « *De même, il emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L626-1* ».

¹⁰⁰⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°633-33 ; F. PEROCHON, op. cit., 9° éd., n°557, p.282. Pour les droits de rétention institués par les textes spéciaux, par exemple le gage de véhicule (art.2352 C. civ.).

¹⁰⁰⁸ C.civ., art. 2287: « *Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers* ». V. P.-M. LE CORRE, *Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste*

Sur la question du droit de rétention fictif, le droit de l'OHADA ne s'est pas prononcé, mais la rédaction des dispositions de l'AUS permet de retenir que la rétention nécessite la possession matérielle du bien, puisqu'en droit de l'OHADA, le droit de rétention se suffit à lui-même¹⁰⁰⁹. Ainsi, le créancier ne peut retenir une chose qu'il ne détient pas. De ce fait, le droit de l'OHADA ne reconnaît pas le droit de rétention fictif. Ainsi, l'article 99 de l'AUS révisé ne confère un droit de rétention sur le bien gagé qu'au seul créancier titulaire d'un gage avec dépossession¹⁰¹⁰. Néanmoins, conformément à l'article 107 alinéa 2 de l'AUS : « *Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier* ».

679. En période d'observation, l'article L622-7 du Code de commerce permet au juge-commissaire d'autoriser le paiement des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité. La même disposition est prévue en liquidation judiciaire où c'est l'article L641-3 du Code de commerce qui est applicable. En liquidation judiciaire, l'ancien article L642-25 du Code de commerce prévoyait la possibilité au liquidateur d'une part de retirer le gage ou la chose retenue et d'autre part de vendre le bien retenu ou la chose gagée avec report du droit de rétention sur le prix¹⁰¹¹. Ces dispositions ont été abrogées par le décret du 15 février 2009 et reprises dans l'article L642-20-1 du Code de commerce qui dispose actuellement que : « *A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article L641-3, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation* ».

En droit de l'OHADA et conformément à l'article 67 de l'AUS : « *Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de*

sans dépossession, LPA, 11 février 2011 n° 30, p. 68 ; F. REILLE, op. cit., Gaz. Pal. 07 mars 2009 n° 66, p. 38.

¹⁰⁰⁹ Cf. A. W. ADJITA, *Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA)*, Penant n°844.

¹⁰¹⁰ B. MEUKE, *Le nouveau droit du gage en OHADA*, 24/06/11 : <http://meuke.blogspot.fr/2011/06/le-nouveau-droit-du-gage-en-ohada.html>.

¹⁰¹¹ Com. 20 mai 1997, n°95-11.915, Bull. Civ. IV, n°126.

l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent Acte uniforme ». En effet, la rétention s'exerce jusqu'à complet paiement de ce qui est dû au créancier. Cependant, l'AUPC ne précise pas comme le droit français, si la demande de paiement du prix doit se faire sur autorisation du juge-commissaire, mais nous pensons que s'agissant du paiement d'une créance antérieure, l'autorisation du juge-commissaire doit être requise par le syndic. Dans tous les cas, l'exposé de la règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures concerne également la détermination des formalités liées à la conservation de la cause de préférence.

Section 2 : La conservation de la cause de préférence des créances postérieures

680. L'existence du paiement par préférence des créances postérieures est liée à la réunion des formalités de la conservation de la cause de préférence. Ces formalités n'ont été prévues qu'en droit français, leur prise en compte par le droit de l'OHADA n'ayant pas été prévue par l'AUPC.

Ainsi, en droit français, bien que le privilège du paiement soit automatiquement attribué, sans aucune formalité, ni démarche, il faut remarquer que sa conservation se plie, quant à elle, au respect de plusieurs formalités. En effet, le créancier est tenu, d'une part, d'informer les organes de la procédure de l'existence de son privilège (Paragraphe 1) et d'autre part, de s'assurer de la mention de sa créance postérieure méritante non payée sur une liste des créances postérieures (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'obligation d'information de l'organe de la procédure collective

681. Pour cerner l'obligation d'information de l'organe de la procédure collective, l'étude de sa nature juridique (A) et son exercice (B) sera nécessaire.

A- La nature juridique de l'obligation d'information de l'organe de la procédure collective

682. La loi de sauvegarde des entreprises, en reconnaissant le privilège des créances postérieures méritantes, a introduit l'obligation de leur production qui s'apparente à une production des créances. En effet, l'exigence de porter le privilège de la créance postérieure à la connaissance des organes de la procédure découle du principe général du droit des sûretés selon lequel, les causes de préférence doivent être connues de ceux à qui on les oppose¹⁰¹².

Etant donné que le droit de priorité de l'AUPC n'est pas un privilège, comme l'entend le droit des sûretés, aucune obligation d'information n'a été exigée par le législateur à l'égard des créances prioritaires de la masse. Cependant, il nous semble que l'obligation de porter la cause de préférence du créancier contre la masse à la connaissance des

¹⁰¹² D. BOUSTANI, *La conservation du privilège des créanciers postérieurs*, LPA, 11 février 2011, n° 30, p. 15.

organes de la procédure, notamment le syndic, n'est pas dénuée d'importance, puisque le «*droit de priorité amélioré*» de l'AUPC est conservée à la survenance d'une procédure collective subséquente et que le syndic, dans ce cas d'espèce, ne pourrait connaître l'existence et l'étendue du droit de priorité que par le biais d'une information. En outre, ce n'est pas toujours le même professionnel qui est nommé syndic dans le cadre de la première et de la seconde procédure collective, d'où l'importance de porter cette cause de préférence à sa connaissance¹⁰¹³.

683. La recherche de la nature juridique de l'obligation d'information passe par l'étude du rapport entre l'obligation d'information et la déclaration des créances antérieures (1), d'une part et d'autre part, par la détermination de l'utilité de l'obligation d'information (2).

1) Le rapport entre la déclaration des créances antérieures et la production des créances postérieures

684. Une différence existe entre la production des créances postérieures privilégiées et la déclaration des créances antérieures. En effet, le non respect de l'obligation de porter le privilège de la créance postérieure à la connaissance des organes de la procédure n'affecte pas la créance, alors que la créance antérieure qui n'a pas été déclarée au passif du débiteur est inopposable à la procédure collective¹⁰¹⁴. Par conséquent, le but de l'obligation de production des créances postérieures privilégiées est de conserver le privilège de la créance postérieure non payée à l'échéance et non pas de créer un droit étant donné que le privilège lui est reconnu par sa simple qualité de créance postérieure méritante. Il s'agit alors d'un acte conservatoire différent d'une demande en justice, c'est pour cela qu'il n'est pas exigé de l'auteur de la production d'avoir le pouvoir pour accomplir la formalité¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ Différents professionnels peuvent être nommés syndic en redressement judiciaire et en liquidation des biens.

¹⁰¹⁴ C.com., art. L622-26 al. 2 : « *Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». Ainsi, de nos jours, les créances antérieures non déclarées ne sont plus éteintes en droit français contrairement au droit de l'OHADA où l'art. 83 AUPC reconnaît toujours l'extinction des créances dans la masse non produites au passif car « *En cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires* ». V. Com. 3 novembre 2010, n°09-70312, publié au bull.

¹⁰¹⁵ P. LE CANNU et M. JEANTIN, op. cit., 7^e éd., n°802 et 804.

2) *L'utilité de l'obligation d'information*

685. Selon un auteur, le législateur a voulu donner à l'obligation de porter le privilège des créances postérieures à la connaissance des organes de la procédure une triple utilité¹⁰¹⁶.

En premier lieu, l'obligation d'information des organes de la procédure collective est un préalable à la participation des créanciers postérieurs élus aux répartitions étant donné que la production permet de battre en brèche l'extinction du privilège.

En deuxième lieu, la production des créances postérieures permet d'informer les organes de la procédure collective de l'existence d'une créance postérieure privilégiée.

En dernier lieu, la publication de la production de la créance postérieure permet d'informer également les tiers de l'existence du privilège de la créance postérieure non payée à l'échéance.

Cette triple utilité rapportée à la conservation du droit de priorité des créances contre la masse nous conduisent à plaider en faveur de la prise en compte de l'obligation de production des créances contre la masse en droit de l'OHADA.

Néanmoins, pour une partie de la doctrine française, la formalité de déclaration des créances postérieures est inutile dans la mesure où cela risque d'accroître la complexité de la procédure collective et de rendre ardue la tâche des organes de la procédure¹⁰¹⁷. De notre point de vue, les avantages que procure la production de la créance postérieure dépassent largement l'inconvénient qui consiste à insérer les créanciers postérieurs dans un carcan procédural les contraignant à respecter les impératifs du droit des entreprises en difficulté voulus par l'exercice de l'obligation d'information.

B- L'exercice de l'obligation d'information de l'organe de la procédure collective

686. L'exercice de l'obligation de production des créanciers postérieurs concerne l'exécution de l'obligation elle-même (1) et le sort des créances postérieures non produites (2).

¹⁰¹⁶ D. BOUSTANI, op. cit., n° 30, p. 15.

¹⁰¹⁷ Loc. cit.

1) L'exécution de l'obligation d'information

687. La créance postérieure peut être portée à la connaissance de l'organe de la procédure par le créancier lui-même ou toute personne qui agit à son compte, avec un mandat ou en qualité de gérant d'affaires. De ce fait, l'information de l'organe de la procédure par le débiteur en procédure collective, doit être tenue pour valable, lorsque le débiteur agit spontanément en qualité de gérant d'affaires pour le compte du créancier postérieur¹⁰¹⁸.

La même solution pourrait être retenue par l'AUPC, *de lege ferenda*.

688. Lorsque les créances postérieures sont nées en période d'observation, elles doivent être portées à la connaissance de l'administrateur et à défaut, à la connaissance du mandataire de justice et lorsqu'ils ont cessé leurs fonctions, à celle du commissaire à l'exécution du plan, dans un délai d'une année à compter de la fin de la période d'observation par l'arrêté d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de continuation¹⁰¹⁹.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il n'est plus exigé que l'information soit communiquée concomitamment au mandataire et à l'administrateur judiciaire. D'ailleurs, sous l'empire de la loi de sauvegarde non réformée, un auteur s'est offusqué de la double information qui prévalait, en soulignant que : *«Il est difficilement justifiable d'imposer à un créancier qui a favorisé le redressement de l'entreprise et à qui la loi a promis le paiement de sa créance à l'échéance (...) l'information de deux organes de la procédure. Il eût été suffisant de prévoir l'information du seul mandataire judiciaire, à charge pour lui de communiquer ces éléments à l'administrateur lorsqu'il en a été nommé un»*¹⁰²⁰.

Lorsque la procédure de sauvegarde ou le redressement judiciaire a été convertie en liquidation judiciaire, le créancier doit porter son privilège à la connaissance du liquidateur dans le même délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. Lorsqu'une liquidation judiciaire est ouverte, le privilège doit être porté à la connaissance du mandataire judiciaire, de l'administrateur, lorsqu'il a été désigné un ou

¹⁰¹⁸ Ph. PETEL et J.-L. BRENAC, *Les créances de procédures*, Rev. proc. coll. n° 2, Avril 2008, dossier 7, n°6.

¹⁰¹⁹ C.com., art. L622-17-IV et L631-14-IV.

¹⁰²⁰ F. REILLE, *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus*, Gaz. Pal. 07 mars 2009 n° 66, p. 38.

du liquidateur dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation.

La prise en compte de l'obligation d'information du droit de priorité du créancier de la masse, dans la prochaine réforme de l'AUPC, devrait également être rigoureusement enfermée dans des délais. Les délais de la loi de sauvegarde nous paraissent intéressants. Ainsi, en redressement judiciaire et en liquidation des biens, la production se ferait dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Cette production se ferait notamment à l'attention du débiteur et du syndic en redressement judiciaire et à l'attention du syndic exclusivement en liquidation des biens. La brièveté du délai de production pourrait s'expliquer par le caractère rapide que l'AUPC a voulu implicitement donner aux procédures collectives en ne prévoyant pas de période d'observation. Toutefois, ce délai pourrait être porté à une année du jugement qui prononce la liquidation des biens, en cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. Cela permettrait aux créanciers de la masse de la première procédure collective d'avoir assez de temps pour informer le syndic et/ou le débiteur de l'existence de leur priorité de paiement.

En droit français, lorsqu'un plan de cession a été arrêté, la production doit être faite entre les mains des mêmes organes dans le délai d'une année à compter de la publication du jugement arrêtant le plan de cession.

Cette hypothèse ne saurait être retenue en droit de l'OHADA dans la mesure où il n'existe pas de plan de cession autonome d'actifs du débiteur. De ce fait, nous proposons que la production de la créance prioritaire se fasse entre les mains du débiteur revenu à la tête de ses affaires, dans le délai de six mois du passage en force de chose jugée de la décision homologuant le concordat de redressement. Cependant, la question de l'utilité de cette production se pose dans la mesure où le débiteur est redevenu *in bonis*, aucune mesure de production des créances n'est indispensable.

689. Qu'en est-il des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ayant précédé le prononcé de la liquidation judiciaire, indiquées au I de l'article L641-13 du Code de commerce? Ces créances seront-elles soumises à la déclaration dans le délai d'un an prévu par l'article

L622-17-IV du Code de commerce ou devront-elles être déclarées dans le délai de six mois prévu par l'article L641-13-IV du Code de commerce ?

Hormis le fait qu'il nous semble que la production dans l'un ou l'autre délai permet de respecter l'obligation légale, la majorité des auteurs a préféré prendre en compte le délai le plus long¹⁰²¹. Cette idée est conforme aux dispositions de la loi de sauvegarde des entreprises en matière de conversion de la procédure précédente en liquidation judiciaire et penche plus en faveur du créancier déclarant car cela lui permet d'avoir du temps pour porter sa créance à la connaissance des organes de la procédure. Cependant, un auteur a défendu l'application du délai de six mois, puisqu'il est propre à la liquidation judiciaire¹⁰²². Nous ne partageons pas cet avis étant donné que le délai de six mois a été édicté pour la procédure de liquidation judiciaire qui a été ouverte directement sans une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire préalable. En effet, la loi précise clairement qu'en cas de conversion d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire, la déclaration devra se faire dans le délai d'un an de la fin de la période d'observation.

690. Alors, quel est le sort des créances postérieures nées après l'expiration du délai légal d'information ?

Il faut au préalable signaler que, puisqu'il y a des procédures de liquidation judiciaire pouvant durer plus de six mois ou plus d'un an, en pratique, des créances postérieures pourraient continuer à naître à l'expiration de ces délais. La réponse à la question découle de la lecture des textes en la matière qui ne permettent la perte du privilège que lorsque la créance a été engendrée¹⁰²³. En d'autres termes, c'est la naissance de la créance postérieure qui subordonne la possibilité qu'elle perde son privilège. Donc une créance née après expiration des délais légaux fixés ne peut pas subir les conséquences de l'expiration du délai, puisque ce dernier n'a logiquement pas commencé à courir à son égard. Cette solution provient de l'application pure et simple de l'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* » qui prévoit que la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir. Cependant, le défaut de production emporte des conséquences fâcheuses.

¹⁰²¹ F. PÉROCHON, op. cit., 9^e éd., n°794, p.397. V. également, P.-M. LE CORRE, op. cit. n°456.16, p.791.

¹⁰²² P. LE CANNU et M. JEANTIN, op. cit., 7^e éd., n°805.

¹⁰²³ F. PÉROCHON, op. cit., 9^e éd., n°795, p.397.

2) *Le défaut de production de la créance postérieure*

691. En tout état de cause, les créances postérieures impayées et non portées à la connaissance des organes prévus par les textes, dans les délais impartis, perdent leur privilège tout en demeurant des créances de la procédure. C'est ce que prévoit l'article L622-17-IV du Code de commerce en ces termes : « *Les créances impayées perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur (...)* ». Par ailleurs, puisqu'il n'y a point de fiction légale sans texte, aucune disposition de la loi de sauvegarde même reformée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ne permet d'assimiler la créance postérieure impayée non portée à la connaissance de l'administrateur ou du mandataire judiciaire à un créancier antérieur. Ainsi, la créance postérieure non produite perd son privilège et donc à défaut de paiement à l'échéance, la créance postérieure devenue chirographaire concourt avec les créances antérieures ou postérieures non privilégiées dans le cadre de la répartition des deniers. C'est dans ce cadre qu'un auteur considère que cette situation tendra à la naissance d'une nouvelle catégorie hybride de créances, à savoir celles qui bien que non concernées par la règle de l'interdiction des paiements seront primées par les créances postérieures qui ont été portées à la connaissance de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, donc qui ont conservé leur privilège¹⁰²⁴.

La prise en compte de l'obligation de production des créances contre la masse par l'AUPC aurait pour conséquence de prévoir la perte du droit de priorité améliorée des créances non produites. Ainsi, le rang de la créance de la masse ayant perdu sa cause de paiement par préférence, par l'effet de l'absence de production, doit être prévu. Il pourrait par exemple se classer dans le dernier rang des articles 166 et 167 de l'AUPC, parmi les créanciers chirographaires.

Outre l'obligation de production des créances postérieures, la loi de sauvegarde des entreprises a également prévu la mention des créances postérieures méritantes non payées à l'échéance sur une liste.

¹⁰²⁴ F. PEROCHON, op. cit., 9e éd., n°807, p.402-403.

Paragraphe 2 : La liste des créances postérieures méritantes non payées

692. Outre l'obligation de porter les créances postérieures privilégiées impayées à la connaissance de l'administrateur ou du mandataire de justice, une obligation de porter ces créances sur une liste a été instaurée par la loi de sauvegarde des entreprises. Pour cela, il est important de commencer par déterminer la manière dont la liste des créances postérieures privilégiées est établie (A) avant de s'attarder sur le contentieux pouvant découler de l'établissement de la liste des créances postérieures privilégiées (B).

A- L'obligation d'établissement d'une liste des créances postérieures

693. Avant de déterminer l'exécution de l'obligation de porter les créances postérieures sur une liste des créances (2), il sera opportun de commencer par rechercher la justification de cette obligation (1).

1) La justification de l'obligation d'établissement de la liste des créances postérieures

694. L'établissement d'une liste des créances postérieures privilégiées, par les organes de la procédure, a été rendu obligatoire sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises. Cette exigence d'établir une liste des créances postérieures privilégiées fait corps avec l'obligation de porter le privilège de la créance postérieure à la connaissance des organes de la procédure collective. Ces deux formalités ont pour objectif de permettre aux mandataires de justice de procéder aux distributions sans être surpris par le risque d'une récurrence de manifestations de créanciers postérieurs inconnus. Par conséquent, pour un auteur, *« la condition d'opposabilité du privilège, la publicité de la liste des créances postérieures privilégiées permet, en effet, aux tiers concernés de connaître l'état réel du patrimoine de leur débiteur actuel ou éventuel. À travers la formalité de publicité de la liste, le législateur a, peut-être, manifesté sa volonté de se conformer au droit moderne des sûretés qui tend à instaurer des normes de transparence »*¹⁰²⁵.

Aucune obligation d'établissement d'une liste des créances contre la masse n'existe dans la législation de l'OHADA. En effet, aucune obligation de production ou d'information n'est exigée des créanciers de la première masse afin de faire valoir leur droit de priorité lors du paiement des créanciers de la liquidation des biens. Cela

¹⁰²⁵ D. BOUSTANI, art. précité, n°30, p.15.

affaiblit nécessairement la possibilité de conservation du droit de priorité des créances contre la masse de la première procédure, lors de la procédure subséquente. Cependant, en procédant à une analyse des dispositions de l'AUPC, nous constatons que l'article 86 alinéa 1^{er} de l'AUPC prévoit que : « (...) *le syndic dresse un état des créances contenant ses propositions d'admission définitive ou provisoire ou de rejet, avec indication de leur nature chirographaire ou garantie par une sûreté et laquelle* ». En effet, les créances dans la masse sont portées sur une liste permettant au syndic d'avoir les informations les plus complètes possibles sur leur nature et leur étendue. En ce sens, l'alinéa 3 du même texte ajoute que : « *L'état des créances est déposé au greffe après vérification et signature par le Juge-commissaire qui mentionne, face à chaque créance : le montant et le caractère définitif ou provisoire de l'admission ; sa nature chirographaire ou garantie par une sûreté et laquelle; si une instance est en cours ou si la contestation ne relève pas de sa compétence* ». Si une telle liste existe pour les créances dans la masse, pourquoi ne serait-elle pas prévue pour les créances contre la masse conservant leur droit de priorité?

En effet, une telle liste permettrait au débiteur, au syndic et aux tiers de s'informer sur l'état et l'étendue des créances bénéficiant du paiement par priorité, à défaut d'avoir été payées au comptant. Ainsi, l'établissement d'une telle liste pourrait être important afin que le syndic de la liquidation puisse connaître la nature et l'étendue des créances postérieures nées durant la procédure de redressement ou pendant le maintien provisoire de l'activité en liquidation des biens. En somme, nous retiendrons que le législateur de l'OHADA aura tout intérêt à prendre en compte, dans le cadre de la prochaine réforme de l'AUPC, l'établissement de la liste des créances prioritaires ou à tout le moins, une mesure permettant de connaître l'existence et l'étendue de ces créances, doublée d'une mesure de publicité à l'attention des tiers.

695. Deux questions sous-tendent l'exigence légale d'établissement d'une liste des créances postérieures méritantes. D'une part, il s'agit de savoir si l'organe de la procédure collective, ayant participé à la conclusion du contrat ou à la continuation du contrat en cours, pourra inscrire la créance postérieure sur la liste de créances postérieures privilégiées et ainsi réparer la négligence du créancier ? D'autre part, le mandataire judiciaire peut-il vérifier la créance qu'il porte sur la liste des créances postérieures privilégiées ?

La réponse à la première question est affirmative, puisque l'administrateur judiciaire, ayant participé à la naissance de la créance postérieure, est le bénéficiaire de l'obligation d'information. Le bon sens voudrait que l'administrateur judiciaire n'exclut pas un créancier n'ayant aucune raison objective d'être sanctionné.

Concernant la deuxième problématique, aucune disposition légale n'établit, *a priori*, l'obligation de vérification des créances postérieures méritantes lors de leur inscription sur la liste. Cependant, en vertu de l'adage selon lequel « *ce qui n'est pas interdit est permis* », nous pensons que le mandataire judiciaire peut valablement vérifier la créance postérieure, d'autant plus qu'un auteur retient que le mandataire de justice peut valablement contester le caractère privilégié de la créance postérieure¹⁰²⁶. Pour le professeur Le Corre, s'il s'avère qu'à l'issue de la contestation, la créance n'est pas effectivement privilégiée, le mandataire a l'obligation d'informer le créancier, détenant une créance postérieure non méritante, de son obligation de déclarer sa créance au passif ou de demander son relevé en forclusion¹⁰²⁷. Le relevé en forclusion sera plus probable étant donné que la déclaration est enfermée dans des délais stricts difficiles à tenir en pratique. Toutefois, le créancier, dont la créance a été contestée par le mandataire de justice, ne doit pas subir de sanction en cas d'absence de réponse au courrier de contestation, contrairement à un créancier antérieur ne répondant pas au courrier de contestation.

2) L'exécution de l'obligation

696. La liste des créances postérieures privilégiées portées à la connaissance de l'organe de la procédure est transmise par celui-ci, dès la cessation de sa fonction, au commissaire à l'exécution du plan ou au liquidateur, qui la complète. Après adoption du plan de sauvegarde ou de continuation, la liste des créances postérieures doit être transmise par le mandataire ou l'administrateur au commissaire à l'exécution du plan.

La prise en compte par le législateur de l'OHADA de l'obligation de porter les créances contre la masse sur une liste permettra de prévoir également la transmission de la liste des créances contre la masse aux contrôleurs ou au syndic désigné pour veiller à l'exécution du concordat de redressement par le débiteur assisté du syndic en redressement judiciaire. En liquidation des biens, la liste sera transmise par le syndic du

¹⁰²⁶ P. LE CANNU et M. JEANTIN, op. cit. 7^e éd., n°801.

¹⁰²⁷ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456.17, p.792.

redressement judiciaire au syndic de la liquidation des biens, lorsqu'il ne s'agira pas de la même personne.

697. En sauvegarde et en redressement judiciaire, la liste doit être déposée au greffe par le commissaire à l'exécution du plan dans un délai d'un an de la date d'expiration de la période d'observation. En liquidation judiciaire, la liste sera déposée au greffe par le liquidateur dans un délai de six mois du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire. Lorsqu'un plan de cession a été arrêté, le dépôt de la liste des créances postérieures privilégiées doit se faire dans un délai d'un an du jugement qui arrête le plan. A ce niveau, une difficulté se pose lorsque l'organe de la procédure dépose la liste des créances postérieures privilégiées avant que les délais cités n'expirent. Il s'agit là d'une hypothèse d'école, puisque l'organe est censé attendre l'expiration des délais de la période d'observation avant de rassembler toutes les créances postérieures sur une liste qu'il remet au greffe du tribunal.

En droit de l'OHADA, des délais de dépôt plus courts seront requis car la rapidité est exigée par l'AUPC dans la conduite des procédures collectives. Ainsi, le dépôt de la liste par les contrôleurs ou le syndic veillant à l'exécution du concordat au greffe du tribunal ayant ouvert la procédure pourrait se faire dans un délai de trois mois et en liquidation des biens, le syndic devra déposer la liste dans un délai de six mois. Néanmoins, l'obligation d'inscrire les créances contre la masse sur une liste permettrait également de prendre en considération le contentieux pouvant en découler.

B- Le contentieux de la liste des créances postérieures

698. Le contentieux concernant la liste des créances postérieures privilégiées se divise en deux branches distinctes. D'une part, il peut s'agir d'une procédure de contestation de la liste des créances postérieures elle-même (1) et d'autre part, de l'omission d'une créance postérieure de ladite liste qui doit être réparée (2).

1) La contestation

699. L'exercice de la contestation ne préjuge pas du sort des créances rejetées de la liste.

a- L'exercice de la contestation

700. Après son élaboration, la liste des créances postérieures privilégiées est déposée au greffe qui procède à sa publicité par un avis d'insertion au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC) ouvrant à tout intéressé un délai de contestation d'un mois devant le juge-commissaire¹⁰²⁸. Avant la loi de sauvegarde, le point de départ du délai de contestation devait être mentionné dans l'avis d'insertion, à défaut le délai était considéré ne pas avoir commencé à courir¹⁰²⁹. Les textes actuels ne font pas état de cette obligation qui, toutefois, nous semble toujours applicable en vertu du droit de la procédure civile¹⁰³⁰.

De notre point de vue, en droit de l'OHADA, le greffier du tribunal ayant ouvert la procédure devrait procéder à la publicité de la liste des créances contre la masse dans un journal d'annonces légales. Ce serait à partir de cette publication que courrait le délai de contestation d'un mois devant le juge-commissaire.

701. Le délai de contestation est ouvert à tout intéressé. Néanmoins, la loi de sauvegarde ne précise pas l'étendue de la notion de « *tout intéressé* ».

En effet, selon un auteur, l'intéressé peut être un créancier postérieur non mentionné sur la liste des créances postérieures privilégiées¹⁰³¹.

L'intéressé peut aussi être un créancier postérieur privilégié qui souhaite contester une créance postérieure privilégiée du même rang ou d'un rang supérieur.

Enfin, l'intéressé peut être un créancier antérieur souhaitant éviter la concurrence avec les créanciers postérieurs privilégiés.

702. La compétence de la contestation de la liste des créances privilégiées revient au juge-commissaire qui exerce alors un contrôle juridictionnel. Ainsi, la société detentriche d'une créance postérieure contestée par le liquidateur doit saisir le juge-commissaire,

¹⁰²⁸ C.com., art.R622-15.

¹⁰²⁹ D. du 29 mai 1989 ; Com. 15 février 2000, Act. proc. coll. 2000, n° 119, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; Com. 4 octobre 2005, n°04-12.491, Bull. Civ. IV, n°202, n°1281 FS-P+B+I.

¹⁰³⁰ Par exemple art. 706 CPC: « *La partie poursuivante notifie le compte vérifié à l'adversaire qui dispose d'un délai d'un mois pour le contester. La notification emporte acceptation par son auteur du compte vérifié.*

Cette notification doit mentionner le délai de contestation et les modalités de son exercice et préciser qu'à défaut de contestation dans le délai indiqué, le certificat de vérification peut être rendu exécutoire ».

¹⁰³¹ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456.18, p.793. V. également, F. PEROCHON, op. cit., 9^e éd., n°801 et 802, p.400-401.

seul compétent pour statuer sur un tel recours ; elle doit être déclarée irrecevable en son action directement formée devant le tribunal de commerce¹⁰³². Le juge-commissaire doit vérifier, d'une part, le respect des conditions d'éligibilité de la créance au bénéfice du traitement privilégié ; et d'autre part, il doit vérifier le respect de la formalité de production de la créance postérieure privilégiée. Le juge-commissaire rend alors une décision susceptible, selon une partie de la doctrine, d'un recours devant le tribunal dans le délai de dix jours de sa notification¹⁰³³. La décision du tribunal sera, quant à elle, susceptible d'appel dans le délai de dix jours de sa notification.

b- Les conséquences du rejet de la créance postérieure

703. Les créances rejetées de la liste par le juge-commissaire sont considérées avoir été valablement déclarées dans les conditions de l'article L622-24 du Code de commerce¹⁰³⁴. Cette idée a été confirmée par la jurisprudence qui a retenu dans une espèce :

« Qu'il ressort des dispositions de l'article R 622-15, alinéa 4, que les créances rejetées de la liste des créances de l'article L 622-17 du Code de Commerce sont réputées avoir été déclarées dans les conditions de l'article L 622-24 ; qu'il n'est pas soutenu que les créances n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur dans les formes et délais prévus par les dispositions de l'article L 622-17 du Code de Commerce ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de constater la forclusion édictée par l'article L 622-26 du Code de Commerce ;

*(Par ailleurs) les créances de la DGI d'Epinal pour l'année 2006 au titre de la taxe d'apprentissage et de la participation de l'employeur à la formation continue sont réputées, avec toutes conséquences de droit, avoir été déclarées dans les conditions de l'article L 622- 24 du Code de Commerce »*¹⁰³⁵.

De toute façon, les créances rejetées de la liste sont traitées comme des créances antérieures, puisqu'elles font l'objet d'une déclaration, d'une vérification, d'une admission au passif, et d'une contestation selon les cas. Cependant, que se passe-t-il lorsqu'une créance a été omise de la liste des créances postérieures privilégiées ?

¹⁰³² CA Versailles, 21 octobre 2010, n° 09/05652 : SAS AREKA c/ M. X, ès qual. de liquidateur, note L.-C. HENRY.

¹⁰³³ F. PÉROCHON, op. cit. 9^e éd., n°801 et s. P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456.18.

¹⁰³⁴ C.com., art. R622-15 *in fine*.

¹⁰³⁵ CA de Limoges, ch. Civ., 4 février 2010, n° de RG: 08/01716.

2) L'omission

704. La créance postérieure qui ne figure pas sur la liste des créances postérieures privilégiées perd son privilège dans la mesure où le créancier est considéré n'avoir pas porté son privilège à la connaissance de l'organe de la procédure. La présence de la créance postérieure ayant perdu son privilège emporte des conséquences car son existence empêche la clôture de procédure pour extinction du passif exigible. En outre, elle ne peut pas être intégrée dans un plan de sauvegarde ou de redressement et son recouvrement reste possible après arrêté du plan et après clôture de la liquidation judiciaire de la personne physique pour insuffisance d'actif.

705. Lorsque le créancier saisira le juge-commissaire en vue de contester la liste des créances postérieures privilégiées, la créance sera considérée comme une créance antérieure chirographaire valablement déclarée au passif. Le créancier pourra donc participer aux répartitions après vérification et admission au passif de la procédure collective, à défaut d'avoir été spontanément payée par l'organe de la procédure collective. Toutefois, nous pensons que la créance postérieure qui ne figure pas sur la liste ne peut pas être considérée comme une créance antérieure dans la mesure où la loi ne prévoit pas expressément cette possibilité. Ainsi, selon un auteur, le créancier omis de la liste pourrait introduire une requête aux fins de porter sa créance sur la liste ou d'exiger qu'une nouvelle liste des créances postérieures privilégiées soit établie afin que sa créance puisse y figurer¹⁰³⁶. A défaut de l'acceptation de l'introduction d'une requête ou de l'élaboration d'une nouvelle liste, la créance restera une créance postérieure sans privilège, mais qui bénéficie toujours de la règle principale du paiement à l'échéance. Les créances postérieures qui ont conservé leur privilège général, c'est-à-dire qui ont produit leurs créances et qui les ont fait mentionner sur une liste, vont se trouver en face d'autres créanciers bénéficiant, eux, d'autres privilèges et souvent de privilèges spéciaux. La règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures ayant été exposée, il est dès lors opportun de se poser des questions sur la manière dont la règle est concrètement mise en œuvre. C'est ce que nous verrons dans le prochain et dernier chapitre.

¹⁰³⁶ D. BOUSTANI, art. précité, n°30, p.15.

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE : LE CLASSEMENT DES CREANCES POSTERIEURES

706. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, un seul classement existait entre les créanciers antérieurs et postérieurs. De ce fait, il n'y avait aucune distinction dans ce classement selon que le débiteur avait fait ou non l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

707. L'AUPC issu de la législation de l'OHADA, ne prévoit également qu'un classement unique et général des créanciers. Cependant, ce classement permet de prendre en compte la nature du bien réalisé. Dans le cadre du paiement des créanciers, les privilèges sont servis sur tous les biens en proportion de la valeur de chaque bien par rapport à la valeur totale de l'actif¹⁰³⁷. En effet, l'AUPC a conservé, en matière de répartition du produit de la liquidation, les solutions françaises antérieures issues de la loi française du 13 juillet 1967. De notre point de vue, la seule et principale innovation de l'AUPC dans ce domaine concerne la simplicité du classement des créanciers par rapport au droit français de l'époque. Dans tous les cas, il appartient au juge-commissaire d'apprécier souverainement et s'il y a lieu, d'effectuer plusieurs distributions au cours de la procédure ou une seule à l'issue de la liquidation des biens. De ce fait, le principe est que tous les créanciers soient avertis de la répartition effectuée par le juge-commissaire.

708. En France, la situation existant sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 a été changée par la loi du 10 juin 1994 qui a profondément modifié l'article 40 introduisant, désormais, un règlement différencié des créanciers selon qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a été ouverte contre le débiteur¹⁰³⁸. La

¹⁰³⁷ F. ANOUKAHA et alii, op. cit., n°626, p.257.

¹⁰³⁸ L'ordre de paiement issu de l'art. 40 modifié par la loi du 10 juin 1994 : « *Leur paiement se fait dans l'ordre suivant :*

1° Les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L143-11-1 à L143-11-3 du code du travail ;

2° Les frais de justice ;

3° Les prêts consentis par les établissements de crédit ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article 37 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ; ces prêts et délais de paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une

liquidation judiciaire qui fait suite à un redressement judiciaire permet de prendre en compte la date d'ouverture du redressement judiciaire afin d'apprécier l'ordre des sûretés¹⁰³⁹. Dans le même ordre d'idées, la liquidation judiciaire ouverte contre le dirigeant de l'entreprise permet la prise en compte de la date d'ouverture de la liquidation judiciaire contre la personne morale pour apprécier l'ordre des sûretés dans la procédure du dirigeant¹⁰⁴⁰.

709. Le droit positif français applicable à la mise en œuvre du paiement par privilège des créances postérieures a subi quelques retouches¹⁰⁴¹. En premier lieu, la loi de sauvegarde a prévu dans l'article L622-17-II du Code de commerce, applicable en sauvegarde et en redressement judiciaire par renvoi de l'article L631-14-I du Code de commerce, un classement général des créances de la procédure collective. A propos de la procédure de liquidation judiciaire, c'est l'article L641-13-II du Code de commerce qui prévoit le classement dans le cadre du paiement par privilège ou par priorité. En second lieu, la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008 a quelque peu changé la situation, puisque le Code de commerce prévoit désormais un classement allégé des créanciers.

710. Il ressort de ce qui précède que, hormis le classement général des créances de la procédure collective organisé aussi bien par la loi de sauvegarde que par l'AUPC (Section 1) ; le droit français établit un classement entre les créances postérieures elles-mêmes (Section 2).

publicité. En cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les indemnités et pénalités sont exclues du bénéfice de la présente disposition ;

4° Les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L143-11-1 du code du travail ;

5° Les autres créances, selon leur rang ».

¹⁰³⁹ Com. 30 mai 2006, n°05-10.479, inédit, n°72° F-D, Gaz. Proc. Coll. 2006/3, p. 24, obs. L.-C. HENRY.

¹⁰⁴⁰ Loc. cit.

¹⁰⁴¹ A. LIENHARD, *Le nouveau privilège de procédure: entre restauration et éclatement*, Mélanges SIMLER, Litec-Dalloz, 2006, p. 475; F. GREAU, *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 12 juin 2008; L.-C. HENRY, *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2008, étude 15.

Section 1 : Les créances postérieures dans le classement général des créanciers

711. Puisque le classement est littéralement l'action de classer, de ranger dans un certain ordre, le classement général des créanciers de la procédure collective permet de ranger dans un ordre prédéfini par la loi, aussi bien les créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective que celles dont la naissance est postérieure au jugement d'ouverture. C'est effectivement pour cette raison que le classement général des créanciers de la procédure collective est nommé, en pratique, le classement externe des créanciers.

712. En droit français, le classement général des créanciers de la procédure collective peut aussi bien s'appliquer en période d'observation qu'en liquidation judiciaire. En période d'observation c'est l'article L622-17-II du Code de commerce qui s'applique¹⁰⁴². Les dispositions de l'article L622-17-II du Code de commerce doivent être combinées avec celles de l'article L626-22 du même Code, applicable en matière de vente d'un bien grevé en période d'observation avec plan de sauvegarde ou de redressement, étant donné que les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix recueilli après le paiement des créances garanties par le superprivilège des salaires¹⁰⁴³.

Il faut au préalable rappeler que la cession de l'entreprise est possible tant en redressement judiciaire qu'en liquidation judiciaire¹⁰⁴⁴. Il est indéniable que lorsque le plan de cession a été arrêté en liquidation judiciaire, seul le classement institué par

¹⁰⁴² C.com., art. L622-17-II : « *Lorsqu'elles (les créances postérieures) ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L143-10, L143-11, L742-6 et L751-15 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L611-11 du présent code* ».

¹⁰⁴³ C. com., art. L626-22: « *En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations et les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix après le paiement des créances garanties par le privilège établi aux articles L3253-2 à L3253-4, L742-6 et L7313-8 du code du travail.*

Ils reçoivent les dividendes à échoir d'après le plan, réduits en fonction du paiement anticipé, suivant l'ordre de préférence existant entre eux.

Si un bien est grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution ».

¹⁰⁴⁴ C. com., art. L642-1 et s.

l'article L641-13 du Code de commerce doit trouver application. Cependant, lorsque le plan de cession a été arrêté en redressement judiciaire, la question qui se pose est de savoir s'il faut appliquer les règles de classement de la liquidation judiciaire¹⁰⁴⁵. Cette question mérite d'être posée dans la mesure où l'article L631-22 du Code de commerce indique que, lorsque le plan de cession est arrêté en redressement judiciaire, «*les dispositions de la section 1, du chapitre II, du titre IV sont applicables à cette cession*»¹⁰⁴⁶. Ces dispositions concernent les règles de la liquidation judiciaire, mais il ne s'agit que des règles relatives au plan de cession¹⁰⁴⁷. L'article L642-13 du Code de commerce qui classe les créanciers postérieurs par rapport aux autres créanciers n'est donc pas visé. Il en découle que le classement des créanciers dans le plan de cession arrêté en redressement judiciaire sera donc celui de l'article L622-17 du Code de commerce, texte de sauvegarde applicable en redressement judiciaire et non celui de l'article L641-13 du Code de commerce¹⁰⁴⁸. La solution n'est valable que si le débiteur n'a pas été placé en liquidation judiciaire, c'est-à-dire seulement lorsqu'il obtient un plan de redressement. En effet, l'absence de plan de cession partiel conduira à placé le débiteur en liquidation judiciaire. Dans ce cas, la distribution se fera conformément à l'article L641-13 du Code de commerce et peu important que le plan de cession ait été arrêté en redressement judiciaire¹⁰⁴⁹. En somme, lorsque le plan de cession a été arrêté en période d'observation avec adoption d'un plan de redressement, l'article L622-17 du Code de commerce s'appliquera et lorsque la cession a lieu en redressement judiciaire sans arrêté d'un plan de cession, le débiteur sera placé en liquidation judiciaire et c'est le classement de l'article L641-13 qui sera applicable au plan de cession¹⁰⁵⁰.

Lorsqu'un plan de cession a été arrêté et que la cession porte sur les biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, conformément à

¹⁰⁴⁵ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456.53.

¹⁰⁴⁶ C.com., art. L631-22: «*A la demande de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. Les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV, à l'exception du I de l'article L642-2, et l'article L642-22 sont applicables à cette cession. Le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur*».

¹⁰⁴⁷ Il s'agit des art. L642-1 à L642-17, sauf l'art. L642-2-I, C. com.

¹⁰⁴⁸ F. PÉROCHON, op. cit., p. 57 ; Ph. FROEHLICH, *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, doct. p. 2885 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., 7^e éd., n°602.

¹⁰⁴⁹ M.-L. COQUELET, *Le plan de cession a-t-il changé ?*, Rev. Proc. Coll. 2006/2, p. 188 s., sp., p. 190, n°15-16 ; F. PÉROCHON, op. cit., 9^e éd., n°439.

¹⁰⁵⁰ M.-L. COQUELET, op. cit., n°18 ; F. PÉROCHON, op. cit., 9^e éd., n°816 et s. ; P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456-53 et s.

l'article L642-12 alinéa 1^{er} du Code de commerce, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence¹⁰⁵¹. Toutefois, l'alinéa 4 de l'article L642-12 du Code de commerce limite le droit des créanciers postérieurs au prix de cession tout en précisant que les parties peuvent, par accord, prévoir la possibilité d'aménager le montant de la charge des sûretés transférées¹⁰⁵². En l'absence de plan de cession, la vente d'un bien pendant la période d'observation ou lors de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, ne pose de difficulté que lorsque le bien vendu est grevé de sûreté. Ainsi, l'article L622-8 alinéa 1^{er} du Code de commerce met en exergue deux situations possibles¹⁰⁵³. D'une part, si le prix de la vente du bien grevé de sûretés spéciales est supérieur au montant des créances garanties, le solde sera remis au débiteur et le montant des créances garanties sera déposé à la Caisse des Dépôts et Consignations. D'autre part, lorsque le prix de la vente du bien grevé de sûretés spéciales est inférieur ou égal au montant des créances garanties, la somme sera déposée intégralement à la Caisse des Dépôts et Consignations jusqu'à la fin de la période d'observation. A la fin de la période d'observation, la situation diffère selon la solution adoptée. Lorsqu'une liquidation judiciaire est prononcée, le prix de la vente du bien grevé est repartitionné entre les créanciers selon leur rang, dans la limite des créances garanties. Lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement a été arrêté, il y a lieu de coordonner les articles L622-8 et L622-17 du Code de commerce selon lesquels les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix selon l'ordre de préférence et après le paiement des créances garanties par le superprivilège des salaires. Par ailleurs, dans un arrêt du 21 février 2006, les juges ont décidé que lorsque la vente d'un bien grevé de

¹⁰⁵¹ C.com., art. L642-12 al. 1 : « Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence ».

¹⁰⁵² C.com., art. L642-12 al. 4: « (...) la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie. Il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés ». P.-M. LE CORRE, op. cit., n°542.43.

¹⁰⁵³ C.com., art. L622-8 al. 1 : « En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan ». C.com., art. L626-22 (applicable à la phase d'exécution du plan de sauvegarde) et art. L631-19 (applicable au plan de continuation).

sûreté n'est pas commandée par le plan, l'article L621-80 du Code de commerce (devenu l'article L626-22 du Code de commerce) n'est pas applicable. Par conséquent, le créancier échappe au classement de l'article L622-17 du Code de commerce et c'est le classement de droit commun, guidé par la libre disposition du bien, qui est applicable, sauf lorsque le plan est assorti d'une inaliénabilité judiciaire¹⁰⁵⁴.

En procédure de liquidation judiciaire, la loi réformatrice du 10 juin 1994 a, préalablement, attribué à d'autres créanciers un droit de préférence qui leur permettait de primer les créanciers postérieurs¹⁰⁵⁵. C'est pour cela qu'une différence existe dans le sort réservé aux créanciers privilégiés selon que la procédure est ou non liquidative¹⁰⁵⁶. Cette remise en question ouverte par la loi de 1994 a été une sorte de casse-tête pour les praticiens du droit des procédures collectives. En ce sens, les conditions d'éligibilité au privilège de la procédure ont été rendues plus rigoureuses par la loi de sauvegarde et l'article L641-13 du Code de commerce n'a toujours pas été révisé. Depuis la loi de sauvegarde des entreprises, le classement général des créanciers de la procédure de liquidation judiciaire est porté par l'article L641-13-II du Code de commerce.

713. L'AUPC prévoit un classement général des créanciers selon la catégorie des biens du débiteur ayant été réalisés. En l'absence d'une précision expresse, il est loisible de se demander si ce classement est uniquement applicable en redressement judiciaire, en liquidation des biens ou dans le cadre des deux procédures ?

De prime abord, le classement nous paraît applicable, si ce n'est propre, à la procédure de liquidation des biens. En effet, selon un auteur, l'ordre de paiement des créanciers présente tout son intérêt dans l'union ou dans la clôture pour insuffisance d'actif¹⁰⁵⁷. Ensuite, il nous semble que le classement soit également applicable en redressement judiciaire dans la mesure où les dispositions de l'AUPC prévoient la mise en œuvre du classement en présence de la vente d'un bien, cette dernière peut avoir lieu aussi bien en redressement judiciaire qu'en liquidation des biens. Enfin, l'AUPC insiste sur la notion d'apurement de passif qui consiste à une opération essentielle dans toutes les

¹⁰⁵⁴ F. PÉROCHON, *Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives*, LPA, 11 février 2011, n° 30, p. 49.

¹⁰⁵⁵ R. DAMMANN, *La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises*, BD septembre-octobre 2005, p. 16.

¹⁰⁵⁶ F. PÉROCHON, art. précité, p. 57, n° 49.

¹⁰⁵⁷ ERSUMA, FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO, *Le droit des entreprises en difficulté*, 08-12 février 2010, p. 84.

procédures, y compris la procédure de règlement préventif qui s'ouvre avant la cessation des paiements.

714. En tout état de cause, nous pensons que le choix du classement général de l'AUPC a été retenu par le législateur de l'OHADA afin de s'éloigner du Code Civil français, applicable dans la plupart des pays membres de l'OHADA. C'est pour cela qu'il est dorénavant prévu en matière de sûretés qu'il est « (institué) *un classement par déduction du rang de chaque sûreté par rapport à plusieurs dispositions dispersées, l'Acte uniforme établit un classement plus aisé à utiliser* »¹⁰⁵⁸. Cependant, en dépit des efforts entrepris par les Actes uniformes de l'OHADA en matière de clarification et de simplification, l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers venant à rang égal demeurent des questions relativement complexes¹⁰⁵⁹. Le classement général des créanciers du Code de commerce est le résultat du choix du législateur français consistant à préciser la situation du créancier postérieur par rapport à tous les créanciers qui jouxtent la procédure collective. De la démarche du législateur français et de son homologue de l'OHADA, ressortent les objectifs assignés au droit des entreprises en difficulté. D'une part, le droit français met en tête de ces objectifs, le sauvetage de l'entreprise suivi de la sauvegarde des emplois et de l'apurement du passif. D'autre part, l'AUPC met en position de force l'objectif d'apurement du passif, suivi du sauvetage de l'entreprise et de la sauvegarde de l'emploi. De cette différence d'objectifs assignés au droit des entreprises en difficulté apparaît également une différence de traitement des créanciers.

715. La situation des créances postérieures dans le classement général des créanciers de la procédure collective met en exergue le favorable classement de certains privilèges de la procédure collective (Paragraphe 1), tout en consacrant la relativité de la faveur du classement des créances postérieures (Paragraphe 2).

¹⁰⁵⁸ J. ISSA-SAYEGH, *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, op. cit, p.689. J. ISSA-SAYEGH, *Le classement des sûretés. La distribution du prix des biens du débiteur entre ses créanciers en droit sénégalais*, Rev. EDJA, n°14, p. 3 et s.

¹⁰⁵⁹ ERSUMA, art. précité, p.84.

Paragraphe 1 : Le classement favorable des certains privilèges de la procédure collective

716. Le classement général des créanciers de la procédure collective tient compte d'un certain nombre de privilèges importants. Cependant, la jurisprudence française a récemment affirmé que la place de ces privilèges importants dans le classement général des créanciers de la procédure collective ne doit pas occulter le fait que le créancier postérieur méritant dispose de la règle du paiement à l'échéance qu'il peut faire jouer au détriment du créancier superprivilégié, par exemple¹⁰⁶⁰. Pour mieux cerner l'importance de ces privilèges, nous commencerons par étudier le superprivilège des salaires (A) avant de nous pencher sur les autres privilèges de la procédure collective (B).

A- Le superprivilège des salaires

717. Pour le vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, le superprivilège est, *stricto sensu*, un privilège renforcé qui, ayant priorité sur les autres privilèges, garantit à son bénéficiaire le droit d'être payé en premier au moins pour une partie de sa créance¹⁰⁶¹. En France, le superprivilège des salaires a été introduit par un décret-loi du 8 août 1935¹⁰⁶². En effet, conformément aux dispositions de l'article L625-7 du Code de commerce : « *Les créances résultant d'un contrat de travail sont garanties en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde par le privilège établi par les articles L143-10 [L3253-2 et L3253-3], L143-11 [L3253-4], L742-6 et L751-15 [L7313-8] du code du travail, pour les causes et montants définis auxdits articles* ».

En droit de l'OHADA, c'est l'alinéa 1^{er} de l'article 96 de l'AUPC qui évoque le superprivilège des travailleurs¹⁰⁶³. La détermination de la notion du superprivilège des salaires a été renvoyée aux droits nationaux. Ainsi, dans le droit interne de la plupart des Etats membres de l'OHADA, la disposition la plus indicative concernant le superprivilège des salaires demeure l'article 203 du Code de travail burkinabé qui prévoit expressément que : « *La créance de salaire et autres créances du travailleur résultant du contrat de travail bénéficient d'un superprivilège à tous les autres*

¹⁰⁶⁰ Com. 7 septembre 2010, n° 09-66595 ; F. MACORIG-VENIER, *Le superprivilège : précisions sur son domaine et sa – fragile – primauté*, Bull. Joly, 01 mars 2011, n° 1.

¹⁰⁶¹ V. également, J.-F. CESARO, *Entreprises en difficulté : les salariés*, Rep. com. D.

¹⁰⁶² C.com., ancien art. L621-130, actuel art. L625-7.

¹⁰⁶³ Art. 96 al. 1 AUPC : « *Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances superprivilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus* ».

privilèges généraux ou spéciaux y compris ceux du Trésor public et de la sécurité sociale en ce qui concerne la fraction insaisissable dudit salaire telle qu'elle résulte des dispositions de l'article 214 (...)». En limitant le superprivilège à la fraction insaisissable du salaire, le droit de l'OHADA s'éloigne de la notion retenue par le droit français qui recouvre toutes les créances résultant d'un contrat de travail. De ce fait, une charge salariale conséquente est supportée par l'AGS au titre du superprivilège lors d'une procédure collective. Nous pensons que le législateur français pourrait à l'instar de son homologue de l'OHADA limiter le superprivilège des salaires à la fraction insaisissable du salaire. Cependant, la prise en compte de cette limitation ne sera pas une chose aisée en pratique dans la mesure où il faut craindre une vive réaction des syndicats de salariés qui ne voudraient pas se défaire d'un confort préalablement acquis.

718. Rapporté au droit des entreprises en difficulté, le superprivilège est l'appellation donnée au droit, pour les travailleurs d'une entreprise en difficulté, d'obtenir le règlement, nonobstant l'existence de toute autre créance, et sur les premiers fonds disponibles, de leurs derniers salaires dans la limite d'un plafond. A l'ouverture d'une procédure collective, les salariés ne sont pas tenus de déclarer leurs créances au passif du débiteur, puisqu'ils bénéficient du superprivilège des salaires qui leur permet d'être payés en priorité. Ainsi, le superprivilège désigne un type particulier de privilège qui s'applique aux salaires et aux indemnités correspondant aux soixante derniers jours de travail et qui, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, sont payés avant toute autre créance privilégiée¹⁰⁶⁴. Il s'agit d'un véritable privilège de premier rang, puisque, dans les procédures collectives, une partie des créances garanties par le privilège des salaires se voit accorder une garantie supérieure qu'on appelle en pratique le superprivilège.

719. Afin de cerner la faveur accordée au superprivilège dans le classement général des créanciers de la procédure collective, il sera opportun de commencer par déterminer le domaine du superprivilège (1), avant de s'attarder sur le rang du superprivilège (2).

¹⁰⁶⁴ F. DERRIDA, *Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1973, Chr. 59 ; M. RAMACKER, *Le superprivilège des salariés*, D. 1989, Chr. 301.

1) Le domaine du superprivilège des salaires

720. L'étude du domaine du superprivilège des salaires pose les questions de la garantie concernée par le superprivilège des salaires et de la distinction entre le superprivilège et le privilège des salaires.

a- La garantie concernée par le superprivilège des salaires

721. Le salaire garanti par le superprivilège est soumis à un plafond.

a-1) Le salaire garanti par le superprivilège des salaires

722. Seule la créance résultant du contrat de travail pesant sur l'employeur faisant l'objet d'une procédure collective est garantie par le superprivilège institué par l'article L3253-2 du Code du travail. Dès lors, une créance ne pourrait être assortie du superprivilège des salaires, lorsqu'elle correspond à des congés payés acquis antérieurement à la cession du fonds de commerce, elle-même intervenue avant l'ouverture de la procédure collective à l'égard de la cédante¹⁰⁶⁵. Les juges français ont eu l'occasion de rappeler dans plusieurs décisions que le superprivilège ne peut garantir que la créance salariale dont est tenu un employeur soumis à une procédure collective, de sorte que le nouvel employeur ayant payé une partie des indemnités de congés payés avant l'ouverture d'une procédure à l'égard de l'ancien employeur et demandant le remboursement à ce dernier ne peut en invoquer le bénéfice¹⁰⁶⁶. Par ailleurs, les juges ont, dans une affaire, décidé que le superprivilège institué par l'article L3253-2 du Code du travail garantit uniquement la créance résultant du contrat de travail pesant sur un employeur faisant l'objet d'une procédure collective¹⁰⁶⁷. En général, le superprivilège couvre seulement une fraction des salaires et pour obtenir son paiement, le salarié doit s'adresser à l'administrateur.

En droit de l'OHADA, la question a été résolue d'une manière beaucoup plus simple par l'AUPC étant donné que l'article 95 a expressément prévu que ce sont « *les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens* » qui sont garanties par le privilège des salaires et donc par ricochet également par le superprivilège des salaires. Le Code

¹⁰⁶⁵ Com. 3 novembre 2010, n° 09-14744, Gaz. Pal., 08 janvier 2011 n° 8, p. 22, note C. GAILHBAUD.

¹⁰⁶⁶ Loc. cit.

¹⁰⁶⁷ Com. 3 novembre 2010, n° 09-14744.

du travail burkinabé précise également dans son article 203 que ce sont les créances issues d'un contrat de travail qui sont garanties par le superprivilège des salaires. Cette affirmation rompt avec toute difficulté concernant la nature de la créance garantie par le superprivilège des salaires.

723. Au superprivilège des salariés, le droit français ajoute le superprivilège des façonniers prévu par l'article L3253-5 du Code du travail¹⁰⁶⁸. Ainsi, les sommes dues aux façonniers par leurs donneurs d'ordres doivent être payées et ce malgré l'existence d'autres créances privilégiées¹⁰⁶⁹. Cependant, ce superprivilège est primé par le superprivilège des salaires et ne couvre que les sommes jusqu'à concurrence du montant total des rémunérations dues aux façonniers pour les soixante derniers jours de travail ou d'apprentissage précédant l'ouverture de la procédure collective.

724. L'article L3253-2 alinéa 1^{er} du Code du travail français prévoit que : *« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires »*. Il faut préciser que les soixante derniers jours de travail sont comptabilisés à compter du dernier jour de travail et non du jugement d'ouverture. Par ailleurs, les rémunérations garanties par le superprivilège des salaires sont prévues par l'article L3253-3 du Code du travail en ces termes :

« Les rémunérations prévues au premier alinéa de l'article L3253-2 comprennent :

1° Les salaires, appointements ou commissions proprement dites ;

2° Les accessoires et notamment l'indemnité compensatrice prévue à l'article L1226-14, l'indemnité compensatrice de préavis prévue à l'article L1234-5, l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L1243-8 et l'indemnité de fin de mission prévue à l'article L1251-32 ».

¹⁰⁶⁸ C. trav., L3253-5 : *« Les sommes dues aux façonniers par leurs donneurs d'ordres sont payées, lorsque ces derniers font l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée à l'exception de celles garanties par l'article L3253-2, à due concurrence du montant total des rémunérations de toute nature dues aux salariés de ces façonniers, au titre des soixante derniers jours de travail ou d'apprentissage précédant l'ouverture de la procédure »*.

¹⁰⁶⁹ Il s'agit des prestataires de services visant à la transformation de matières.

En effet, les accessoires au salaire couverts par la garantie du superprivilège des salaires sont :

- L'indemnité compensatrice en cas de rupture du contrat de travail suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle,
- L'indemnité de fin de Contrat à durée déterminée,
- L'indemnité de précarité en fin de mission,
- L'indemnité compensatrice de préavis,
- Les indemnités de congés payés jusqu'à concurrence d'un plafond identique à celui établi pour une période de trente jours de rémunération.

En revanche, les rémunérations garanties par le superprivilège des salaires n'ont pas été déterminées par l'AUPC. Ce dernier effectue un renvoi vers le droit du travail interne de chaque Etat membre de l'OHADA et l'AUS sur les questions tenant à l'ordre de classement. En effet, l'article 95 de l'AUPC s'intéresse au « *privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés* ». Ce renvoi ne permet pas un traitement uniforme de la situation superprivilégiée des créances de salaire. D'ailleurs, un auteur considère sur ce point que le droit du travail est le « parent pauvre » de la réglementation de l'OHADA¹⁰⁷⁰. C'est pour toutes ces raisons que nous sommes en faveur d'une finalisation de l'Acte uniforme sur le droit du travail qui est toujours au stade de projet, depuis le 24 novembre 2006¹⁰⁷¹. Cet Acte uniforme aurait l'avantage de limiter les divergences d'interprétation et de détermination du superprivilège des salaires.

Pour le moment, en attendant un Acte uniforme de l'OHADA sur le droit du travail, les grandes lignes de la question sont semblables dans chacun des Etats membres dans la mesure où le superprivilège des salaires a été essentiellement prévu par la convention

¹⁰⁷⁰ P. REIS, *Le droit du travail dans le droit de l'OHADA*, Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-pratique Professionnelle, n°1, Juin 2012, Etudes.

¹⁰⁷¹ Selon l'art. 128 de l'Avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail du 24 novembre 2006 : « *Au sens du présent chapitre le salaire s'entend, outre le salaire proprement dit, des appointements ou commissions, de l'allocation de congé, de tous les accessoires du salaire, des indemnités de préavis et de licenciement et de toutes sommes dues à l'occasion de la résiliation du contrat de travail. Les privilèges et garanties de la créance de salaire s'exercent conformément aux dispositions de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés et celles de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* ».

n°95 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sur la protection du salaire de 1949. En effet, cette convention applicable dans tous les Etats parties de l'OHADA, ou du moins ceux qui l'ont ratifiée, prévoit la nécessité de protéger le salaire contre la saisie ou la cession, afin d'assurer l'entretien du travailleur et de sa famille¹⁰⁷². Ainsi, les créances de salaire superprivilégiées sont prévues par la plupart des Codes de travail des Etats membres de l'OHADA.

En ce sens, l'article L119 du Code du travail sénégalais issu de la loi n°97-17 du 1^{er} décembre 1997, prévoit que : « *A due concurrence de la fraction insaisissable du salaire, telle qu'elle résulte des dispositions de l'article L118, les créances de salaire du travailleur bénéficient d'un privilège préférable à tous autres privilèges, généraux et spéciaux* »¹⁰⁷³.

Par ailleurs, la loi n°2012-45 du 25 septembre 2012 portant Code du travail de la république du Niger énonce clairement les rémunérations garanties par le superprivilège des salaires. Ainsi, l'article 177 du Code de travail nigérien prévoit que : « *Pour établir le montant des salaires, en vue de l'application des dispositions du présent article, il doit être tenu compte non seulement des salaires et appointements proprement dits, mais de tous les accessoires desdits salaires et appointements et, éventuellement, de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de congé payé et de l'indemnité pour rupture abusive du contrat de travail* ». Il ressort de toutes ces dispositions que le superprivilège des salaires est constitué d'une fraction incessible et insaisissable du salaire déterminée par les textes nationaux¹⁰⁷⁴. Cependant, le superprivilège des salariés est limité par un plafond.

a-2) Le plafond de la garantie du superprivilège des salaires

725. En droit français, le superprivilège couvre les soixante derniers jours de travail antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁰⁷⁵. Il n'est pas obligatoire

¹⁰⁷² L'OIT exige que les dispositions de la convention soient transposées dans les droits nationaux.

¹⁰⁷³ V. également, l'art. 203 de la loi n°028-2008/AN portant C. trav. du Burkina Faso ; V. art. 71 à 73 de la loi n°92-007 du 14 août 1992 portant C. trav. du Cameroun ; V. art. 155 à 157 de la loi n°3/94 du 21 novembre 1994 modifiée portant C. trav. du Gabon ; V. art. 110 de la loi n°015/2002 du 16 octobre portant C. trav. de la République Démocratique du Congo.

¹⁰⁷⁴ CA Ouagadougou, 21 décembre 2000, Revue africaine de droit, d'économie et de développement, vol. IV, n°1, p.84-86, obs. C. NUBUKPO.

¹⁰⁷⁵ C. trav., art. L3253-2 : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail sont, déduction faite des acomptes déjà perçus, payées, nonobstant l'existence de toute*

que cette période précède immédiatement l'ouverture de la procédure collective dans la mesure où elle vise les derniers jours de travail même lorsqu'il a pris fin avant l'ouverture de la procédure.

Le droit de l'OHADA n'a pas prévu de plafond temporel de la naissance des créances superprivilégiées de salaire. C'est au droit du travail interne des Etats membres que l'AUPC a laissé le pouvoir de prévoir ce plafond. C'est ainsi que l'article 177 du Code de travail nigérien dispose que :

« Les dispositions des articles 175 et 176 ne s'appliquent pas à la fraction insaisissable des sommes restant dues sur les salaires effectivement gagnés par les ouvriers pendant les quinze (15) derniers jours de travail ou par les employés pendant les trente (30) derniers jours, sur les commissions dues aux voyageurs et représentants de commerce pour les quatre-vingt-dix (90) derniers jours de travail et sur les salaires dus aux marins de commerce pour la dernière période de paiement ».

Nous remarquons, s'agissant du plafond temporel des salariés, qu'une nette différence existe entre le droit français et le droit nigérien. En effet, le superprivilège du droit français concerne les soixante derniers jours de travail alors qu'en droit nigérien ce délai est de la moitié, c'est-à-dire les trente derniers jours de travail. Ce dernier délai est plus court et ne permet pas de couvrir une large partie des créances salariales par le superprivilège des salaires.

726. L'alinéa 2 de l'article L3253-2 du Code du travail prévoit un plafond monétaire de la garantie du superprivilège des salaires en précisant que les créances de salaire superprivilégiées sont payées jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires : *«Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale »*. De ce fait, le superprivilège n'est accordé qu'à hauteur d'un plafond égal à deux fois le plafond mensuel des cotisations de la sécurité sociale et ce, pour

autre créance privilégiée, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires.

Ce plafond est fixé par voie réglementaire sans pouvoir être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale ».

chacun des deux mois couverts¹⁰⁷⁶. Cette exigence d'un plafond monétaire est, de notre point de vue, due à l'étendue des créances salariales superprivilégiées.

En droit de l'OHADA, ni l'AUPC, ni les droits internes ne prévoient un plafond financier de garantie du superprivilège des salaires. L'absence de plafond financier s'explique par le fait que la précision de la fraction insaisissable du salaire, par les droits internes, permet de limiter indirectement le montant des créances couvertes par le superprivilège. La seule difficulté consiste en l'absence d'une institution de garantie à l'image de l'AGS¹⁰⁷⁷. Cependant, lorsque le débiteur aura pris le soin de conclure une police d'assurance couvrant le risque d'impayé des créances salariales superprivilégiées, nous pensons que la compagnie d'assurance prévoira un plafond financier de garantie¹⁰⁷⁸. En tout état de cause, le superprivilège des salaires est différent du privilège des salaires.

b- La différence avec le privilège des salaires

727. Le superprivilège des salaires ne doit, en aucun cas, être confondu avec le privilège des salariés¹⁰⁷⁹. En effet, conformément aux dispositions de l'article L625-7 du Code de commerce : « *Les créances résultant d'un contrat de travail sont garanties en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde par le privilège du 4° de l'article 2331 et du 2° de l'article 2104 [2375] du code civil* ». C'est ainsi que sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, les juges ont eu l'occasion de préciser que :

« Doit être cassé l'arrêt d'une Cour d'appel qui, fixant l'ordre des créanciers dans la répartition du prix de vente d'un immeuble, fait primer les créances de salaires privilégiées sur la créance hypothécaire sans rechercher, si les créances de salaires qui

¹⁰⁷⁶ Soit six mille cent soixante douze euros car le montant du plafond mensuel de la sécurité sociale est à compter du 1^{er} janvier 2013 de trois mille quatre-vingt six euros, soit une revalorisation de 1.8 % par rapport à 2012. Pour aller plus loin, V. : www.securite-social.fr/Montants-du-plafond-de-la-Securite-Sociale-pour-2013.

¹⁰⁷⁷ V. infra, n°786 et s.

¹⁰⁷⁸ Même si la conclusion d'une police d'assurance nous paraît intéressante, sa mise en œuvre n'est pas encore, à notre connaissance, prévue dans les droits internes. Le recours à l'assurance n'est pas pour l'heure actuelle rentré dans les usages du monde des affaires en Afrique. De ce fait, la seule solution sera la mise en place d'une institution de garantie des salaires. V. infra.

¹⁰⁷⁹ Il existe une confusion terminologique de l'AUPC et de certains droits nationaux sur les notions de superprivilège et de privilège des salaires.

ne bénéficiaient pas du superprivilège étaient postérieures au jugement d'ouverture et si, dans ce cas, elles n'étaient pas primées par la créance hypothécaire »¹⁰⁸⁰.

728. Il serait dès lors important de commencer par déterminer les créances privilégiées de salaire avant de s'attarder sur leur rang.

b-1) Les créances privilégiées de salaire

729. En droit français, le privilège des salaires garantit pour les six derniers mois, le paiement du salaire et de ses accessoires ainsi que des différentes indemnités dues en cas de rupture du contrat de travail¹⁰⁸¹. Par ce fait, le privilège des salaires garantit les rémunérations du travail des personnes qui ont conclu avec un employeur, un contrat de travail, qu'elles soient des salariés ou des apprentis, à l'exclusion des défunts. En outre, le privilège des salaires s'étend aux créances de salaire différé, puisqu'il est accordé à l'enfant qui a travaillé dans l'exploitation agricole du parent décédé sans être rémunéré ou au conjoint qui a travaillé bénévolement dans l'activité commerciale ou agricole de l'autre¹⁰⁸².

En droit de l'OHADA, c'est l'article 95 de l'AUPC qui prévoit le privilège des salaires en ces termes : *« Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés »*. Ainsi, dans le cadre de la détermination du privilège des salaires, l'AUPC établit un renvoi vers les législations nationales et l'AUS, notamment son ancien article 107-3°. L'article 107-3°, devenu l'article 180 de l'AUS, prévoit que sont privilégiés sans publicité, *« les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective »*. Dans tous les cas, le privilège des salaires en tant que tel se justifie par la nature alimentaire de la créance salariale. Dans le Code civil de 1804, le privilège des salaires ne visait que *« les gens de maison »*, mais

¹⁰⁸⁰ Com. 21 septembre 2010, n°09-68.604, publié au bull. C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁸¹ C. trav., al. 1 art. L3253-1 : *« Les créances résultant du contrat de travail sont garanties dans les conditions prévues au 4° de l'article 2331 et au 2° de l'article 2375 du code civil, relatifs aux privilèges sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur »*.

¹⁰⁸² Com. 21 septembre 2010, n°09-68604, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 41, comm. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

son domaine a été par la suite élargi. De nos jours, au Niger, c'est l'article 176 du Code du travail qui prévoit que : « *La créance de salaire est garantie sur les meubles et immeubles du débiteur dans les conditions prévues par les textes législatifs particuliers accordant le bénéfice de l'action directe ou certains privilèges spéciaux en faveur de certains travailleurs* ».

Il ressort des deux corps de texte que le privilège des salaires est un privilège général accordé au salarié par le Code du travail contrairement au superprivilège des salaires qui intervient principalement en cas de procédure collective. Cependant la période de garantie est cette fois-ci plus longue en droit de l'OHADA contrairement au droit français étant donné que les salaires de la dernière année ayant précédé le jugement d'ouverture de la procédure collective sont couverts par le privilège des salaires, contre les six mois prévus par le Code de commerce. Cependant, qu'en est-il de son rang dans le classement général des créanciers de la procédure collective ?

b-2) La détermination du rang du privilège des salaires

730. Le classement du privilège des salaires n'a pas expressément été prévu aussi bien par le Code de commerce que par l'AUPC. Ainsi, nous pouvons penser qu'en tant que privilège général, le privilège des salaires sera classé au même rang que les privilèges généraux, c'est-à-dire, en tout état de cause après les créanciers titulaires de créances postérieures. Cependant, en droit français et lors de la liquidation judiciaire, le privilège des salaires est classé avant les créances postérieures, puisqu'il bénéficie du rang destiné aux créanciers titulaires de sûretés immobilières¹⁰⁸³.

En outre, en droit de l'OHADA, une piste de réflexion peut être recherchée dans l'AUS qui prévoit que les textes spéciaux créant des privilèges généraux doivent préciser le rang de ceux-ci en le déterminant par rapport aux dispositions de l'article 180 de l'AUS. Cependant, à défaut de précision, le rang de ces privilèges est le dernier de celui établi par ledit article 180. De ce fait, le classement du privilège des salaires peut être prévu par voie législative interne au sein de l'arsenal juridique de l'Etat concerné. Cependant, ce classement spécifique doit être précisé par rapport au classement de l'article 180 de l'AUS. A défaut, le privilège viendra inéluctablement au septième rang des privilèges sans publicité, après les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances

¹⁰⁸³ V. infra, n°758 et 759.

fiscales et douanières, dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires. Ainsi, contrairement au privilège des salaires, le classement du superprivilège des salaires a été prévu aussi bien par le Code de commerce que par l'AUPC.

2) Le rang du superprivilège des salaires

731. Le Code de commerce classe le superprivilège des salaires, en sauvegarde, redressement judiciaire et en liquidation judiciaire, en tête du classement général des créanciers de la procédure collective. En revanche, l'AUPC classe le superprivilège après le privilège des frais de justice lorsqu'un immeuble a été réalisé. Lorsqu'un meuble a été réalisé, le superprivilège des salaires vient après les frais de justice et les frais de conservation.

Dans tous les cas, le superprivilège des salaires n'est pas bien classé en droit de l'OHADA. Le mauvais classement du superprivilège des salaires en droit de l'OHADA vient, de notre point de vue, des objectifs assignés par l'AUPC aux procédures collectives. Ainsi, contrairement au droit français, l'AUPC met en position de force l'apurement du passif, le sauvetage de l'entreprise et la sauvegarde des emplois ne viennent qu'après. Cela démontre de manière indiscutable que la sauvegarde de l'emploi n'est pas l'objectif principal des procédures collectives de l'OHADA. Néanmoins, les créanciers de salaire superprivilégiés sont payés en proportion de la valeur de l'immeuble vendu et par rapport à l'ensemble de l'actif. Mais qu'en est-il des autres privilèges importants de la procédure collective ?

B- Les autres privilèges de la procédure collective

732. Le classement favorable de certains privilèges de la procédure collective concerne également le privilège des frais de justice (1) et le privilège de la conciliation (2).

1) Le privilège des frais de justice

733. L'avantage du classement du privilège des salaires doit provenir dans un premier temps, de la détermination des frais de justice concernés et dans un deuxième temps, de la détermination du rang du privilège.

a- Les frais de justices concernés

734. La détermination des frais de justice concernés par le privilège des frais de justice passe par l'étude des frais de justice, des frais de conservation et des frais exclus du bénéfice du privilège des frais de justice.

a-1) Les frais de justice

735. Dans la mesure où il ne peut exister d'exception à un principe, sans texte, il est de notre point de vue que les règles du droit civil, c'est-à-dire du droit commun, doivent soutenir la détermination du privilège des frais de justice. Ainsi, conformément aux articles 2331 et 2375 du Code civil, le privilège des frais de justice est un privilège général, puisque la loi attribue un privilège au paiement préférentiel des frais exposés dans le cadre de la conservation et de la réalisation du patrimoine du débiteur.

736. En France, c'est en 2005 qu'un amendement adopté par le Sénat a modifié la situation complexe et imprécise qui avait été instaurée par l'article L621-32 du Code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985. Tout d'abord, l'amendement a permis d'harmoniser le sort des frais de justice dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires dans la mesure où le privilège des frais de justice est primé par le superprivilège des salaires et il prime, à son tour, le privilège de conciliation. Ensuite, en substituant à l'expression «*frais de justice*» qu'employait l'ancien article L621-32 du Code de commerce, celle de «*privilège des frais de justice*», la loi de sauvegarde visait alors, de façon indiscutable, les frais de justice antérieurs couverts par ce privilège; ce qui, par ailleurs, ne permettait plus de considérer, s'agissant du classement interne entre créances postérieures, prévu par le III, que le 2^o, qui visait les «*frais de justice*», devait rester lettre morte¹⁰⁸⁴. Il en résultait indubitablement que les frais de justice postérieurs ne passaient qu'après les créances de salaires postérieures dont le montant n'avait pas été avancé par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS). Désormais, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, les créanciers postérieurs priment les créances antérieures, à l'exception

¹⁰⁸⁴ F. PÉROCHON, *op. cit.*, 9^e éd., n° 810.

des créances salariales garanties par le superprivilège, par les frais de justice postérieurs et par le privilège de la conciliation¹⁰⁸⁵.

En effet, l'ordonnance du 18 décembre 2008 rompt expressément avec le débat doctrinal qu'avait suscité la référence aux frais de justices. Pour les uns, les frais de justice devant primer les créances postérieures devaient englober aussi bien les frais de justice antérieurs que postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective. Pour les autres, ces frais devaient comprendre uniquement ceux liés à la procédure elle-même.

Dans le droit positif actuel et conformément à l'article 29 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, modifiant l'article L622-17 du Code de commerce, les créanciers postérieurs sont payés après les créances salariales bénéficiant du superprivilège, les créances garanties par le privilège « *des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure* » et les créances garanties par le privilège de la conciliation¹⁰⁸⁶. De ce fait, la préférence est dévolue aux seuls frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture et ne concerne pas ceux qui seraient relatifs à des procédures antérieures. Cependant, pour les juges, seule la partie des honoraires tarifés de l'avocat est couverte par le privilège des frais de justice, puisque les honoraires fixés en accord avec le client ne sont pas couverts, même s'ils ont été engagés dans le cadre de la procédure collective¹⁰⁸⁷. Les dépens d'appel ainsi que les honoraires de l'avoué du débiteur ou des mandataires de justice sont des frais privilégiés de procédure¹⁰⁸⁸.

Par conséquent, le privilège des frais de justice sera écarté, lorsque les honoraires n'ont pas été utiles aux créanciers. C'est le cas lorsque le mandataire de justice perçoit un émolument sur une vente qui a été réalisé avant le jugement d'ouverture de la

¹⁰⁸⁵ Com. 21 septembre 2010, n°09-68604 : « *En cas de liquidation judiciaire, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées par priorité à toutes les autres créances à l'exception de celles qui sont garanties par le superprivilège des salaires, des frais de justice antérieurs au jugement d'ouverture et de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales, et que les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture, notamment la rémunération des mandataires de justice, sont réglés dans l'ordre prévu pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. Dès lors, la créance hypothécaire antérieure prime les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture* ».

¹⁰⁸⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Classement des créanciers : frais de justice*, Rev. proc. coll. n° 5 septembre 2009, comm. 124.

¹⁰⁸⁷ Com. 4 janvier 2005, n°03-12. 810, inédit ; *contra* B. SOINNE, op. cit., n°1153.

¹⁰⁸⁸ Com. 18 septembre 2007, n°06-18. 549, inédit, n°996 F-D.

procédure collective¹⁰⁸⁹. Ou encore les honoraires du conciliateur ou d'un mandataire *ad hoc*, les honoraires d'un avocat qui a assisté le débiteur jusqu'à l'ouverture de la procédure. Ces frais, qui correspondent à des créances antérieures, devront être déclarés dans un délai de deux mois de la publication du jugement d'ouverture au BODACC¹⁰⁹⁰.

737. Les frais de justice retenus par le droit de l'OHADA n'ont pas été expressément détaillés ni par la jurisprudence, ni par la doctrine africaines. Leur détermination doit être faite en s'appuyant sur le droit comparé. Ainsi, comme en droit français, les frais de justice de l'AUPC sont ceux engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix. Par ce fait, les frais de justice comprennent les frais liés à la réalisation de l'immeuble, à l'exception des frais de justice ayant permis la condamnation du débiteur, et les frais concernant la distribution du prix, que cette répartition ait été consensuelle ou judiciaire. Le privilège des frais de justice couvre également tous les frais d'administration de la procédure collective¹⁰⁹¹, les émoluments dus aux mandataires de justice désignés¹⁰⁹². Le privilège des frais de justice n'est opposable qu'aux créanciers à qui les frais ont été utiles¹⁰⁹³.

D'ailleurs, en droit français, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence a affirmé que l'article 40 déroge à l'article 2375 du Code civil, mais non sans distinguer selon que les frais ont été ou non utiles à la conservation et à la réalisation des biens vendus¹⁰⁹⁴. Toutefois, afin de mieux maîtriser la naissance des frais de justice, le syndic doit chaque semestre dresser un rapport sur l'état de la liquidation des biens. Le but de cette disposition est d'éviter que les opérations de liquidation ne s'éternisent tout en accroissant les frais de la procédure au détriment des créanciers¹⁰⁹⁵. Le paiement des frais de justice est fait entre les mains de la personne qui a accompli les actes liés à la réalisation de l'immeuble. En pratique c'est soit l'huissier, soit le syndic ou l'avocat qui reçoit directement le paiement des frais de justice conformément aux missions qu'il a accomplies.

¹⁰⁸⁹ CA Paris, 2^e ch. B, 1^{er} juillet 2004, RG n°2004/01487.

¹⁰⁹⁰ P. CROCQ, *L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés*, Rev. proc. coll.n° 1, Janvier 2009, dossier 10.

¹⁰⁹¹ Civ. 13 avril 1859, DP 1859, I, 417 ; Civ, 18 mai 1881, S. 1882, I, 57.

¹⁰⁹² CA Colmar, 11 février 1936, DH 1936, 226.

¹⁰⁹³ Com. 5 décembre 1995, n°92-16.323, Bull. Civ. IV, n°285.

¹⁰⁹⁴ CA Montpellier, 21 juin 1993, Rev. Proc. Coll. 1995, 303, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁰⁹⁵ Art. 169 AUPC.

a-2) Les frais de conservation

738. Les juges français exigent, de manière constante, que les frais de justice aient été engagés dans l'intérêt commun des créanciers afin de conserver, liquider ou réaliser les biens du débiteur pour une distribution du prix recueilli¹⁰⁹⁶. De ce fait, pour que le privilège des frais de justice soit reconnu, il faut que les frais aient permis la conservation, la liquidation ou la réalisation des biens du débiteur, tout en étant engagés dans l'intérêt commun des créanciers¹⁰⁹⁷. En effet, c'est l'article 2332-3° du Code civil qui prévoit un privilège mobilier spécial pour les frais de conservation de la chose¹⁰⁹⁸. Ainsi, celui qui a permis le maintien d'une valeur dans le patrimoine du débiteur doit bénéficier d'une cause de préférence sur cette valeur¹⁰⁹⁹.

C'est de la même manière que l'AUPC prévoit dans le classement général des créanciers de la procédure collective, une catégorie propre aux frais de conservation, sans en donner la définition. Pour définir les frais de conservation, il faut se référer à l'article 189 de l'AUS qui concerne les frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date¹¹⁰⁰. Néanmoins, le droit français et le droit de l'OHADA prennent en compte, dans le cadre de la détermination des frais de conservation, l'intérêt commun des créanciers.

739. Qu'entendent le Code civil et l'AUS par l'expression « *de l'intérêt commun des créanciers* » ?

Dans une espèce, les juges français avaient considéré que le syndic n'avait pas exposé des frais dans l'intérêt commun des créanciers dans la mesure où les frais de liquidation n'avaient pas servi à la conservation ou à la liquidation de l'immeuble¹¹⁰¹. Pour la jurisprudence, d'une part, la question de savoir si des frais de justice sont pris dans

¹⁰⁹⁶ V. Req. 25 juillet 1893, DP 1893, 599 ; Civ. 5 février 1900, DP 1900, I, 219 ; Civ. 15 février 1938, DH 1938, 177 ; CA Paris, 2^e ch. B, 8 septembre 2005, RG n°04/20390 ; CA Paris, 3^e ch. A, 27 mars 2007, Rev. proc. coll. 2007/3, p. 127, n°6, obs. Ch. LEBEL.

¹⁰⁹⁷ S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 2^e éd., D.-S. 2000, n° 191.

¹⁰⁹⁸ S. PIEDELIEVRE, *op.cit.*, p. 387.

¹⁰⁹⁹ C.-I. FOULON-PIGANIOL, *Modernisation et conservation de la chose*, D. 1966, Chron. p. 143 ; G. THUILLIER, *Réflexions sur la notion de conservation dans le privilège du conservateur*, JCP 1968, I, n° 2167.

¹¹⁰⁰ Art. 189 AUS : « Celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble ».

¹¹⁰¹ Com. 5 décembre 1995, Bull. civ. IV, n° 285 ; JCP 1996, I, n° 3942, n° 10, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

l'intérêt commun des créanciers relève du fait¹¹⁰² et d'autre part, l'intérêt commun des créanciers s'apprécie non pas au moment où l'action est engagée, mais lors de la distribution du prix¹¹⁰³. Le caractère du privilège des frais de justice est limité à la garantie des frais de justice avancés dans l'intérêt commun des créanciers, puisque l'auteur de l'avance ne doit pas, dans le cadre de son remboursement, venir en concours avec certains créanciers¹¹⁰⁴. En effet, l'intérêt commun suppose que les frais de justice sont dus par tous les créanciers comme s'il s'agissait d'un prélèvement sur l'actif à distribuer et non un privilège¹¹⁰⁵. Ainsi, l'auteur de l'avance sera traité comme le créancier des créanciers.

740. Les frais de conservation doivent avoir été engagés dans le cadre d'une procédure pour bénéficier du privilège spécial du conservateur¹¹⁰⁶. C'est dans ce cadre que les honoraires du commissaire aux comptes sont des frais de justice privilégiés, puisqu'ils ont été engagés lors d'une procédure légale et fiscale¹¹⁰⁷. Toutefois, il n'est pas exigé que la procédure dont il est question soit une action en justice, mais il peut s'agir de toutes les formalités destinées à préserver et conserver le droit de gage général des créanciers¹¹⁰⁸. De ce fait, les organes de la procédure collective sont titulaires du privilège des frais de conservation et les frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble en sont exclus¹¹⁰⁹. C'est pour cette raison que la doctrine française reconnaît que : *« On ne peut opposer à des créanciers hypothécaires les frais d'une liquidation judiciaire qu'ils n'ont pas eux-mêmes provoquée, étant entendu que les frais de justice sont privilégiés à la double condition d'avoir été, d'une part, utiles à la conservation et à la réalisation du bien et, d'autre part, exposés dans l'intérêt commun des créanciers »*¹¹¹⁰. Par ailleurs, les juges français ont décidé dans une affaire que :

¹¹⁰² Req., 23 juin 1893, D. 1893, 1, Jur. p. 599.

¹¹⁰³ Req., 17 septembre 1940, JCP 1941, II, n° 1614, note E. BECQUE.

¹¹⁰⁴ Civ., 5 février 1900, DP 1900, 1, Jur. p. 219 ; CA Lyon, 17 mars 1969, JCP 1969, II, n° 16132, note COZIAN ; A. SIGALAS, CA Caen, 12 avril 1973, D. 1974, Jur. p. 499.

¹¹⁰⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT cité par E. BECQUE, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, 2^e éd., n° 18 *contra* M. CABRILLAC, Ch. MOULY et alii, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 586 ; Com., 14 décembre 1981, Gaz. Pal. 1982, 2, Jur. p. 425, note CHARTIER.

¹¹⁰⁶ Com. 19 octobre 1970, n°69-11.606, Bull. Civ. IV, n°272.

¹¹⁰⁷ CA Colmar, 1^{re} ch. A, 2 mars 1999, Bull. Joly 2000, 45, n°7, note J.-F. BARBIÉRI ; CA Paris, 3^e ch. A, 18 mai 1999, D. 2000, somm. P. 387, obs. S. PIÉDELIEVRE ; CA Paris, 3^e ch. A, 14 octobre 2003, RG n°2002/14341, RD banc. Et fin. 2004/3, p. 188, n°129, obs. F.-X. LUCAS.

¹¹⁰⁸ M. CABRILLAC, Ch. MOULY et alii, *Droit des sûretés*, 9^e éd., op. cit., n°588.

¹¹⁰⁹ P. CROCQ, op. cit., RTD Civ. 1996 p. 433.

¹¹¹⁰ Ph. DELEBECQUE & Ph. SIMLER, *Privilège général immobilier des frais de justice*, Rev. dr. Imm. 1996, p. 258.

« (...) ayant constaté que le syndic n'avait pas exposé de frais dans l'intérêt commun des créanciers inscrits qui avaient seuls fait procéder à l'adjudication de l'immeuble et à la consignation du prix, la Cour d'appel, qui a souverainement apprécié que les frais de la liquidation des biens n'avaient pas été utiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble, a ainsi fait ressortir qu'ils n'avaient pas profité à ces créanciers et en a exactement déduit que le syndic ne pouvait pas leur opposer le paiement privilégié de ses frais par application de l'article 2104-1° [devenu l'article 2375] c. civ. »¹¹¹¹.

En tout état de cause, le bénéficiaire du privilège de la conservation est celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations afin d'éviter la disparition de la chose ou encore pour sauvegarder son usage habituel.

a-3) Les frais de justice exclus

741. Quels sont les frais de justice non concernés par le privilège des frais de justice ? Qu'advient-il des honoraires nés postérieurement au jugement d'ouverture et qui n'ont pas été reçus au bénéfice du privilège des frais de justice ?

En droit français, les frais de justice antérieurs au jugement d'ouverture sont le plus fréquemment des frais d'instance en cours. C'est le cas notamment d'une action en condamnation de l'entreprise au paiement d'une somme d'argent initiée avant le jugement d'ouverture et interrompue par l'effet du jugement d'ouverture. Une fois l'instance en cours terminée, chacune des parties est débitrice des honoraires des auxiliaires de justice sollicités. Dans ce cas, les frais du débiteur sous procédure collective sont incontestablement des frais privilégiés. Cependant, le créancier, ayant obtenu gain de cause dans le litige, a le droit de demander à son contradicteur le remboursement des frais et dépens qu'il a engagés pour sa défense. Puisque ces frais de justice permettent le remboursement des frais de procédure engagés par l'adversaire du débiteur, ils ne pourront pas être considérés comme des frais de justice privilégiés. De ce fait, la partie ayant eu gain de cause, doit déclarer sa créance de remboursement des frais de justice au passif afin de participer aux répartitions¹¹¹². Toutefois, la Cour de cassation a récemment réaffirmé la possibilité pour la créance de dépens et des frais de

¹¹¹¹ Com. 5 décembre 1995, arrêt n° 2125P.

¹¹¹² C.com., art. L622-24, al. 5.

l'article 700 du Code de Procédure Civile, mise à la charge du débiteur, de bénéficier des dispositions concernant les créances postérieures¹¹¹³.

En droit de l'OHADA, qu'en est-il des frais de justice non engagés directement dans la réalisation du bien?

Pour répondre à cette question, nous pensons que de deux choses l'une. Soit ces frais ont été engagés antérieurement au jugement d'ouverture et sont donc des créances dans la masse à produire au passif et à payer dans le dernier rang des créances chirographaires. Soit ces frais ont été engagés régulièrement après le jugement d'ouverture et deviennent donc des créances de la masse classés dans le rang destiné aux créanciers postérieurs au sein du classement général des créanciers. Toutefois, les créanciers hors la masse, antérieurs ou postérieurs, ne participent pas aux répartitions. Cette distinction constitue pour le moins, un recours à la solution du droit français antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises où le sort des frais de justice dépendait de leur nature antérieure ou postérieure.

b- Le rang du privilège des frais de justice

742. En droit français, les frais de justice sont classés après le superprivilège des salaires aussi bien en période d'observation qu'en liquidation judiciaire. En droit de l'OHADA, les frais de justice sont classés en tête du classement général des créanciers de la procédure collective peu important la nature du bien réalisé. Cette différence de classement entre le droit français et le droit de l'OHADA concernant les frais de justice provient sans doute de la différence des objectifs assignés par la législation au droit des entreprises en difficulté. En effet, l'objectif principal de l'AUPC étant l'apurement du passif, il est normal que les frais de justice mis en œuvre pour parvenir à la réalisation des biens du débiteur soient classés en tête du classement général des créanciers de la procédure collective.

Par ailleurs, le classement des frais de justice en droit français est, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, passé du classement interne des créances postérieures, au classement général ou externe des créances de la procédure collective. La nouvelle question qui se pose à ce niveau est de savoir si cette disposition pourrait servir d'outil

¹¹¹³ Cass. 3e civ., 7 octobre 2009, n° 08-12.920 : Act. proc. coll. 2009-19, n° 287, obs. J. VALLANSAN ; D. 2009, p. 2548, obs. A. LIENHARD ; Gaz. Pal. 8-9 janvier 2010, p. 19, obs. L.-C. HENRY.

d'interprétation concernant l'incertitude qui régnait, sous l'empire du droit antérieur, sachant que la nouvelle disposition n'a été applicable qu'à partir du 15 février 2009. Pour cela, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative dans son arrêt du 21 septembre 2010 en précisant que : « *Il résulte de l'article L621-32, II et III, du Code de commerce (rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005) que la créance hypothécaire de la banque prime les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture* »¹¹¹⁴. Ainsi, les juges appliquent de manière prétorienne aux procédures encore régies par la loi du 25 janvier 1985 une solution expressément confirmée depuis par la réforme du 26 juillet 2005¹¹¹⁵.

743. L'AUPC a conservé la distinction entre les frais de justice et les frais de conservation, lorsqu'un meuble a été réalisé. Ainsi, les frais de conservation sont classés après les frais de justice et avant le superprivilège des salaires. Cependant, contrairement au droit de l'OHADA, le droit français ne prévoit pas un rang spécifique au frais de conservation du bien mobilier réalisé. Pour déterminer cette différence de traitement, il serait intéressant de retenir à titre de raisonnement analogique l'idée d'un auteur concernant les frais de greffe et selon lequel : « *Si l'on attache à la notion de frais de conservation et de frais de justice une notion précise, les frais de greffe bénéficient de cette égale qualification et devraient ainsi être réglés sur les fonds disponibles du mandataire judiciaire avant rémunération de sa part* »¹¹¹⁶. De ce fait, l'absence de la catégorie des frais de conservation de la chose nous permet de considérer que les frais de conservation du bien ont été incorporés, en droit français, dans les frais de justice et qualifiés comme tels. C'est de la même manière que, de notre point de vue, l'AUPC a procédé concernant les frais de la conservation immobilière dans la mesure où une catégorie des frais de conservation de l'immeuble n'existe pas dans le classement de l'article 166 de l'AUPC.

744. La doctrine française retient que le bien ayant été conservé ou réalisé servirait

¹¹¹⁴ Com. 21 septembre 2010, n° 09-68.604 (n° 878 F-P+B), comm. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 53 ; JCP E n° 42, 21 Octobre 2010, 1913 ; C. REGNAUT-MOUTIER, *Des éclaircissements bienvenus sur la hiérarchie des créances dans le cadre de la liquidation judiciaire*, Act. proc. coll. n° 18, Novembre 2010, alerte 257 ;

¹¹¹⁵ A. LIENHARD, *Créance prioritaire : sort des frais de justice avant la loi de 2005*, D. 2010, p. 2223.

¹¹¹⁶ B. SOINNE, *Le nouveau statut des mandataires de justice. L'indemnisation des dossiers impécunieux, la tarification nouvelle, les modalités et conditions d'intervention de tiers dans la procédure*, Rev. proc. coll. n° 2, Avril 2008, étude 18.

l'assiette du privilège des frais de justice¹¹¹⁷. A ce niveau, la difficulté provient du fait qu'un privilège général porte, selon le Code civil, sur tous les biens meubles et immeubles du débiteur, alors qu'en pratique et concernant le privilège des frais de justice, il ne concernerait que les frais qui ont été utiles à la conservation et à la réalisation du bien¹¹¹⁸. Dans le même prolongement, selon l'AUS, lorsque le prix de l'immeuble ne suffit pas au désintéressement des frais de justice, leur paiement ne peut pas être reporté sur un autre bien meuble ou immeuble. De manière similaire, les frais de justice engagés lors de la réalisation d'un autre bien meuble ou immeuble ne peuvent pas être payés sur les deniers provenant de l'immeuble vendu, sauf à titre chirographaire. En somme, les frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien sont payés en tête du désintéressement des créanciers sur les revenus tirés de cette réalisation, mais ne sont opposables aux créanciers, lorsqu'ils ne leur ont pas été utiles.

2) Le privilège de la conciliation

745. Le privilège de la conciliation est une innovation de la loi de sauvegarde des entreprises, qui a créé une procédure de conciliation dont l'accord peut être constaté ou homologué. En effet, les objectifs du projet d'ordonnance ont toujours été de rendre la procédure de conciliation issue de la loi de sauvegarde des entreprises beaucoup plus attractive¹¹¹⁹. Ainsi, les apports consentis par les créanciers, en procédure de conciliation, doivent être pris en compte dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective subséquente. Par cette idée innovante, le législateur opère une hiérarchie entre les catégories de créanciers de la procédure. En cela, il attribue une priorité aux créanciers de la procédure de conciliation par rapport aux créanciers de la procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires. Cette hiérarchisation paraît cohérente étant donné que l'idée maîtresse du droit moderne des entreprises en

¹¹¹⁷ H. MAZEAUD et F. CHABAS cité par V. RANOUIL et F. CHABAS, *Sûretés. Publicité foncière*, 7^e éd.1999, n° 145.

¹¹¹⁸ S. PIEDELIEVRE, *Un syndic peut-il obtenir le paiement par priorité de ses frais de liquidation des biens dès lors qu'ils n'ont pas été utiles à la conservation et à la réalisation d'un immeuble saisi ?* D. 1996, p. 389.

¹¹¹⁹ Discours de Madame R. DATI, Garde des Sceaux, ministre de la justice, congrès national de la conférence générale des juges consulaires de France, Avignon, le 21 novembre 2008.

difficulté consiste à la prévention et au sauvetage de l'entreprise avant toute apparition de difficultés plus graves, voire insurmontables¹¹²⁰.

746. Le sort du privilège de la conciliation se détermine selon le domaine du privilège et son rang dans le classement général des créanciers de la procédure collective.

a- Le domaine du privilège de la conciliation

747. Il serait opportun de déterminer la naissance du privilège de conciliation avant de s'attarder sur sa portée.

a-1) La naissance du privilège de la conciliation

748. La création du privilège de la conciliation par la loi de sauvegarde des entreprises a fait couler beaucoup d'encre. En effet, la mise en œuvre de ce privilège permettrait d'empiéter sur l'égalité stricte entre les créanciers de la procédure collective. C'est dans ce cadre que le Conseil constitutionnel a été saisi par des députés et sénateurs, afin de déclarer l'inconstitutionnalité du privilège de la conciliation. Par une décision du 22 juillet 2005, le Conseil constitutionnel a coupé court aux débats en déclarant que le privilège de la conciliation n'est pas contraire au principe de l'égalité entre les créanciers cher au droit des procédures collectives¹¹²¹.

749. En pratique, le privilège de la conciliation est appelé privilège de la « *new money* » pour marquer son lien à la notion issue du droit américain¹¹²². Toutefois, il faut souligner que cette appellation ne convient pas au privilège de la conciliation, en droit français, puisque ce privilège ne consiste pas uniquement à un apport d'argent frais. Ainsi, conformément à l'article L611-11 alinéa 1^{er} du Code de commerce :

« En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang

¹¹²⁰ P. CROCQ, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés*, Dr. et patr. janvier 2005, p. 43, *contra* . Th. MONTERAN, *Observations sur l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal. 10-11 décembre 2003, p. 2.

¹¹²¹ Cons. const., 22 juillet 2005, décembre n° 2005-522 : JO 27 Juillet 2005

¹¹²² Cela constitue un exemple de la filiation entre la loi de sauvegarde des entreprises et le droit américain de l'insolvabilité issu du Chapter 11.

prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

Cependant, les créanciers titulaires du privilège de la conciliation demeurent, dans la procédure collective subséquente, des créanciers antérieurs soumis à l'interdiction des poursuites et à l'obligation de déclaration au passif¹¹²³. Lors de la déclaration de sa créance, le créancier titulaire du privilège de conciliation doit prendre le soin de mentionner son privilège afin de ne pas en perdre le bénéfice comme il est question en matière du privilège des créances postérieures méritantes¹¹²⁴.

750. Pour que le privilège de la conciliation puisse être reconnu, trois conditions essentielles doivent être réunies. Tout d'abord, l'apport couvert par le privilège de la conciliation doit être un nouvel apport en trésorerie ou un nouveau bien ou service. En revanche, l'ordonnance du 18 décembre 2008 ne fait plus référence aux créances nées avant l'ouverture de la conciliation¹¹²⁵. De toute façon, n'est pas un nouvel apport en trésorerie, des délais de paiement sur des créances antérieures ou accordés sur des livraisons en vue du renouvellement du stock. Egalement, le rééchelonnement ou la réduction des dettes antérieures et les lettres d'intention ne permettent pas de bénéficier du privilège de la conciliation¹¹²⁶. Concernant les nouveaux apports effectués par les créanciers du débiteur, l'article L611-11 du Code de commerce précise que les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de ce privilège au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la procédure de conciliation¹¹²⁷. Par ailleurs, le privilège de l'article L611-11 du Code de commerce ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

¹¹²³ Th. MONTÉRIAN, *Rapport d'étape sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises* : Gaz. Pal. 29-30 avril 2005, p. 7, 2^e col.

¹¹²⁴ P.-M. LE CORRE, op. cit., n° 144-55 ; L.-C. HENRY, op. cit., n° 11.

¹¹²⁵ C. com., ancien art. L611-11.

¹¹²⁶ Avis de la commission des finances du Sénat : Doc. Sénat n° 355, 2005, p. 47, Ph. MARINI.

¹¹²⁷ Ch. LEBEL, *Privilège du nouvel apport en trésorerie : rappel des conditions légales à l'occasion de l'homologation de l'accord de conciliation*, JCP, n° 40, 7 octobre 2010, 1875.

Ensuite, l'apport doit avoir été consenti dans le souci d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. Ainsi, l'usage de la notion de créanciers doit être compris *lato sensu* afin d'inciter les créanciers à venir en aide au débiteur en difficulté.

Enfin, l'accord qui matérialise l'apport doit être homologué pour que les créanciers concernés puissent bénéficier du privilège de la conciliation. De toute façon, aussi bien l'accord constaté que l'accord homologué a pour but de protéger le bénéficiaire, pendant l'exécution et toute action en justice est interrompue ou interdite¹¹²⁸. La constatation ou l'homologation de l'accord permet aussi d'arrêter ou d'interdire toute poursuite individuelle contre le débiteur¹¹²⁹.

L'étendue des conditions à remplir pour bénéficier du privilège de la conciliation permet d'écarter, à notre sens, l'existence d'un équivalent dans l'AUPC¹¹³⁰. En effet, le règlement préventif tel que prévu par l'AUPC consiste expressément à la suspension des poursuites individuelles et les créanciers ne sont pas astreints à s'engager à faire de nouveaux apports de fonds, de biens ou de services¹¹³¹.

Cependant, *de lege ferenda*, la prochaine réforme de l'AUPC pourrait prendre en compte les dispositions du droit français en matière de privilège de conciliation étant donné que la conciliation permet d'une part, aux créanciers de faire de nouveaux apports en ne se limitant pas à la seule mise en œuvre de la suspension des poursuites individuelles. Et d'autre part, le privilège qui garantirait cet apport d'argent frais pourrait inciter les créanciers à accepter facilement de faire des apports, sachant qu'ils seront bien placés dans le cadre de l'apurement du passif de la procédure collective subséquente. En outre, l'introduction du privilège peut se faire en règlement judiciaire

¹¹²⁸ Ch. DELATTRE, *Prévention : amélioration de la conciliation*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2009, dossier 3.

¹¹²⁹ F. MACORIG-VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2009, dossier 9.

¹¹³⁰ Art. 2-1) AUPC : « Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif. Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ».

¹¹³¹ Art. 8 al. 1^{er} AUPC : « Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif ».

ou dans le cadre de la création d'une procédure singulière à l'image de la conciliation en droit français. Lorsque le choix aura été porté pour l'introduction d'un privilège dans la procédure de règlement judiciaire, un encadrement rigoureux des délais sera de mise. Pour le professeur Filiga Michel SAWADOGO, la prise en compte de la procédure de conciliation par la réforme de l'AUPC conduirait à une redondance dans l'arsenal juridique mis en place par l'OHADA dans la mesure où la procédure de règlement préventif permet déjà au débiteur de conclure une entente avec ses créanciers¹¹³². Nous ne partageons pas cet avis étant donné que la conciliation permet au débiteur, outre de conclure des ententes avec ses créanciers sur le rééchelonnement des dettes, de bénéficier dans des conditions satisfaisantes pour ses partenaires contractuels, d'un apport d'argent frais de la part de ces derniers. De ce fait, c'est ce dernier point qui révèle tout l'intérêt de la procédure de conciliation, à notre sens.

751. Le privilège de la conciliation est reconnu aux personnes physiques ou morales quelque soit leur qualité. C'est le cas des établissements de crédit ou de la personne morale de droit public ayant accordé une subvention au débiteur¹¹³³. Selon un auteur, certains *hedge funds*¹¹³⁴ ont bénéficié du privilège de la conciliation¹¹³⁵. En outre, le crédit-bailleur qui a conclu un nouveau contrat avec le débiteur peut aussi bénéficier du privilège de la conciliation.

a-2) La portée du privilège

752. L'accord obtenu entre le débiteur et ses créanciers doit faire l'objet d'une constatation ou d'une homologation. La différence entre les deux modes de sortie de la procédure de la conciliation est nette. En effet, la constatation de l'accord de conciliation par le président du tribunal peut être demandée afin de conserver la

¹¹³² F. M. SAWADOGO, *Les procédures collectives en droit OHADA, Conférence : L'actualité du droit des procédures collectives : bilan et perspectives*, Juriscope, 30 janvier 2012.

¹¹³³ J.-J. HYEST, débat Sénat, séance 30 juin 2005 : JO Sénat CR, 30-1er juillet 2005, p. 4801.

¹¹³⁴ Les hedge funds sont des fonds d'investissement d'un type particulier. Il n'existe pas de définition légale, précise et formelle du terme. Le terme lui-même est trompeur. La traduction littérale en français est « *fonds de couverture* », c'est-à-dire se livrant à des placements de protection contre les fluctuations des marchés considérés. Une telle définition devrait les faire pencher du côté des fonds sans risque ; or, au contraire il s'agit de fonds particulièrement risqués, beaucoup plus risqués que les fonds communs de placement (OPCVM) ; pour aller plus loin : <http://www.lafinancepourtous.com/Decryptages/Mots-de-la-finance/Hedge-funds/Debats-sur-la-definition-des-hedge-funds>.

¹¹³⁵ Ph. ROUSSEL-GALLE, *Les privilèges de procédure*, Cah. dr. entrepr. n° 4, Juillet 2009, dossier 24 ; V. aussi Rapp. AN n° 3651, rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, 31 janvier 2007, p. 47, X. DE ROUX.

confidentialité de la conciliation. Cependant, la constatation de l'accord ne permet pas l'attribution du privilège de la conciliation, pour cela il faut que l'accord ait été homologué par le tribunal¹¹³⁶. En général, le jugement d'homologation de l'accord de la conciliation mentionne, les garanties et privilèges constitués pour assurer l'exécution dudit accord¹¹³⁷. A titre particulier, le jugement d'homologation de l'accord mentionne les montants garantis par le privilège de la conciliation, ce qui permet d'éviter toute contestation en cas d'ouverture d'une procédure collective subséquente¹¹³⁸.

L'homologation de l'accord de conciliation, si le droit de l'OHADA venait à prendre en compte le privilège de la conciliation, pourrait se faire conformément aux règles déjà applicables au concordat préventif. Ainsi, l'article 15-2 de l'AUPC prévoit l'homologation du concordat préventif pour son opposabilité aux créanciers et aux tiers et seulement lorsque le tribunal constate les délais et remises consentis par les créanciers et donne acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. A ces mesures, on pourrait ajouter les sommes apportées par les créanciers dans le cadre de la conciliation.

753. Outre l'homologation de l'accord de conciliation, une publicité du jugement est requise aux fins de protéger les intérêts des tiers à l'accord¹¹³⁹. De la même manière l'article 17 de l'AUPC prévoit la publicité du concordat préventif, pouvant servir de modèle à l'introduction de la procédure de conciliation dans le droit de l'OHADA. Cette exigence de publicité fait échapper la procédure de conciliation au même titre que le règlement préventif de l'AUPC du bénéfice de la confidentialité si chère au monde des affaires¹¹⁴⁰. Cela s'explique par le fait que le législateur a voulu informer les tiers à l'accord de l'existence du privilège de la conciliation afin qu'ils puissent maintenir et/ou apporter leur concours à la sauvegarde de l'entreprise et exercer facilement un

¹¹³⁶ A. OUTIN-ADAM et S. BIENVENU, *Sauvegarde des entreprises : Le point de vue de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)*, JCP E n° 42, 20 Octobre 2005, 1516.

¹¹³⁷ INFOREG, Service d'information réglementaire aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Comment utiliser la procédure de conciliation ? Cah. dr. entrepr. n° 2, mars 2009, prat. 6.

¹¹³⁸ C. com., art. R611-40 al. 2 ; CA Montpellier, 2e ch., 2 févr. 2010, SCA GE Money bank c/ SA Narbonne Accessoires : JurisData n° 2010-007183.

¹¹³⁹ C.com., art. L611-10 et R611-43.

¹¹⁴⁰ AN, J. CHARTIER, Avis n° 2099, 15 février 2005.

recours en tierce opposition contre l'accord lorsque ce dernier porte atteinte à leurs intérêts¹¹⁴¹.

b- Le rang du privilège de la conciliation

754. Le privilège de la conciliation prime aussi bien les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, que toutes les créances antérieures assorties ou non de sûretés¹¹⁴². Le privilège de la conciliation est, quant à lui, primé par le superprivilège des salaires et le privilège des frais de justice¹¹⁴³. La question de l'introduction d'une procédure de conciliation en droit de l'OHADA et par conséquent du privilège de la conciliation posera le problème de son classement. Dès lors quel serait le rang du privilège de la conciliation sous l'empire de l'AUPC ?

Dans tous les cas, le rang de ce privilège devrait être favorable afin d'attirer et de permettre le sacrifice, voire le nouvel apport des créanciers concernés. De ce fait, le privilège pourrait être classé après le superprivilège des salaires aussi bien lorsque la réalisation concerne un immeuble qu'un meuble. En tout état de cause, le privilège de la conciliation devrait être classé avant les créances postérieures. Il ressort de l'avantage du classement des certains privilèges de la procédure collective que les chances de paiement des créances postérieures s'amenuisent inexorablement.

Paragraphe 2 : Le classement relativement favorable des créances postérieures

755. La faveur du classement des créanciers postérieures est relative parce qu'ils sont supplantés par d'autres créanciers (A), d'une part ; et d'autre part, le rang des créances postérieures n'est pas toujours en faveur de leur désintéressement (B).

¹¹⁴¹ N. LAURENT et O. ASSANT, *Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. - La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ?* JCP n° 26, 25 Juin 2008, I 157.

¹¹⁴² F. MACORIG-VENIER et C. CAVIGLIOLI, *Le point sur la conciliation*, Rev. proc. coll.n° 2, avril 2008, dossier 2, Dossier - Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde.

¹¹⁴³ Ph. ROUSSEL-GALLE, *Les privilèges de procédure*, Cah. dr. entrepr. n° 4, Juillet 2009, dossier 24.

A- Les autres créanciers supplantant le créancier postérieur

756. Le créancier postérieur est supplanté aussi bien par le créancier détenteur d'une sûreté immobilière (1) que par le créancier titulaire d'une sûreté mobilière ou assimilée (2).

1) Le créancier détenteur d'une sûreté immobilière

757. La sûreté détenue par le créancier doit être déterminée avant de s'attarder sur le rang de la sûreté.

a- Les sûretés immobilières concernées

758. L'article L641-13-II du Code de commerce, issu de la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et applicable en liquidation judiciaire, concerne désormais les créances « *garanties par des sûretés immobilières* ». Le débat doctrinal, concernant la référence du texte de l'article L641-13-II du Code de commerce, indifféremment, aux sûretés immobilières ou mobilières assorties d'un droit de rétention, a été élucidé par la loi de sauvegarde des entreprises étant donné que la disposition prévoit expressément que : « *celles (les créances) qui sont garanties par des sûretés immobilières ou des sûretés mobilières assorties d'un droit de rétention (...)* ». En effet, l'article L641-13-II du Code de commerce concerne aujourd'hui toutes les sûretés immobilières. Dès lors, le créancier titulaire du privilège général des salaires, créance antérieure au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, prime le créancier postérieur¹¹⁴⁴.

En droit de l'OHADA, l'article 166 de l'AUPC, applicable au classement général des créanciers lors de la réalisation d'un immeuble, se réfère à deux types de sûretés immobilières, puisqu'il concerne les créanciers hypothécaires et séparatistes. En matière d'hypothèque, il est peu important que l'hypothèque soit conventionnelle ou forcée dans la mesure où la date d'inscription au livre foncier est seule prise en compte pour classer les créanciers hypothécaires entre eux. Par conséquent, les créanciers séparatistes, tels que prévus par le droit national successoral de chaque Etat partie, sont assimilés aux créanciers hypothécaires.

¹¹⁴⁴ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456-57, p.903.

b- Le rang des sûretés immobilières

759. En droit français, les créanciers titulaires de sûretés immobilières, c'est-à-dire les créanciers hypothécaires et les créanciers titulaires du privilège du vendeur ou du prêteur de deniers, priment les créanciers postérieurs¹¹⁴⁵. En effet, les sûretés immobilières viennent, en cas de liquidation judiciaire, après le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice et le privilège de la conciliation.

En droit de l'OHADA, les créanciers hypothécaires et les créanciers séparatistes, qui sont assimilés aux premiers, inscrits, dans le respect du délai légal, sont payés en cas de réalisation d'un immeuble, après le privilège des frais de justice et le superprivilège des salaires selon le rang de l'inscription de l'hypothèque au livre foncier. Dans tous les cas, ces créanciers sont payés avant les créanciers titulaires de créance contre la masse. Cela permet d'amoinrir le paiement des créanciers postérieurs aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA. Il en est de même du paiement du créancier détenteur d'une sûreté mobilière ou assimilée.

2) *Le créancier détenteur d'une sûreté mobilière ou assimilée*

760. La sûreté détenue par le créancier doit être déterminée avant de s'attarder sur son rang.

a- Les sûretés mobilières concernées

761. En premier lieu, l'article L641-13-II du Code de commerce, applicable en liquidation judiciaire, vise les sûretés mobilières assorties d'un droit de rétention. Cette disposition n'écarte pas la possibilité pour le créancier de faire jouer le droit de rétention. En effet, la possibilité de faire jouer le droit de rétention garantirait le paiement du créancier gagiste nonobstant l'existence de créances superprivilégiées non payées ou des créances postérieures privilégiées¹¹⁴⁶.

En droit de l'OHADA, les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial sont payés chacun sur le meuble supportant son privilège, puisque selon l'article 182 de l'AUS : « *Les créanciers titulaires de privilèges spéciaux ont, sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent, après saisie,*

¹¹⁴⁵ F. PÉROCHON 9^e éd., op. cit., n°811 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, 7^e éd., op. cit., n°612.

¹¹⁴⁶ P.-M. LE CORRE, fasc. 2238, *Le nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985*, n°29 ; CA Montpellier, 26 janvier 1999, Rev. proc. coll. 1999, 221, n°10, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

selon les dispositions prévues par l'article 226 du présent Acte uniforme». Ces privilèges concernent le privilège du vendeur de meuble¹¹⁴⁷, le privilège du bailleur d'immeuble¹¹⁴⁸; le privilège du transporteur terrestre¹¹⁴⁹; le privilège du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile¹¹⁵⁰, le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux¹¹⁵¹; le privilège du commissionnaire¹¹⁵²; le privilège du conservateur contre les créanciers munis de titre postérieur à celui du conservateur en date¹¹⁵³. Cependant, le droit de l'OHADA ne fait pas expressément référence aux sûretés mobilières titulaires d'un droit de rétention, mais il nous est permis de constater que la plupart des privilèges cités ci-dessus sont assortis d'une rétention de la chose. A titre d'exemple, le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour la garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous acquéreur.

762. En second lieu, le même Code vise également les sûretés constituées en application du chapitre V du titre II du livre V. Le livre V du Code de commerce concerne les effets de commerce et garanties; le titre II s'intéresse aux garanties et le chapitre V est intitulé: « *Du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* »¹¹⁵⁴. Ainsi, le nantissement de l'outillage et du matériel est devenu le

¹¹⁴⁷ Art. 183 AUS : « *Le vendeur a, sur le meuble vendu, un privilège pour garantie du paiement du prix non payé, s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous acquéreur* ».

¹¹⁴⁸ Art. 184 AUS : « *Le bailleur d'immeuble a un privilège sur les meubles garnissant les lieux loués. Ce privilège garantit, outre les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués, les créances du bailleur contre le preneur pour les douze mois échus précédant la saisie et pour les douze mois à échoir après celle-ci.*

Le preneur ou toute personne qui, par des manœuvres frauduleuses, prive le bailleur de son privilège totalement ou partiellement, commet une infraction pénale réprimée par la loi nationale de chaque Etat Partie.

En cas de déplacement des meubles sans son consentement, le bailleur peut encore procéder à leur saisie et conserve son privilège sur eux s'il en a fait la déclaration de revendication dans l'acte de saisie ».

¹¹⁴⁹ Art. 185 AUS : « *Le transporteur terrestre a un privilège sur la chose transportée, pour tout ce qui lui est dû à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la chose transportée et la créance* ».

¹¹⁵⁰ Art. 186 AUS : « *Le travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile a un privilège sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour garantir les créances nées du contrat de travail si celles-ci sont nées de l'exécution de l'ouvrage* ».

¹¹⁵¹ Art. 187 AUS : « *Les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux ont un privilège sur les sommes restant dues à celles-ci pour les travaux exécutés, en garantie des créances nées à leur profit à l'occasion de l'exécution de ces travaux.*

Les salaires dus aux travailleurs sont payés par préférence aux sommes dues aux fournisseurs ».

¹¹⁵² Art. 188 AUS : « *Le commissionnaire a sur les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant un privilège pour garantir ses créances nées du contrat de commission* ».

¹¹⁵³ Art. 189 AUS : « *Celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble* ».

¹¹⁵⁴ Cette expression concerne explicitement le gage de l'outillage et du matériel d'équipement prévu par l'art. L525-1 et s. C. com. en ces termes : « *Le paiement du prix d'acquisition de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel peut être garanti, soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis du prêteur qui*

gage sur matériel et outillage depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 reformant le droit des sûretés. La loi LME du 04 août 2008 a inséré un 4° à l'article 2286 du Code civil qui permet d'accorder à tous les gagistes sans dépossession, un droit de rétention fictif leur permettant de profiter du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix. Selon un auteur, cette précision est inutile étant donné que le créancier titulaire d'un droit de rétention, même fictif peut toujours échapper aux concours avec les autres créanciers¹¹⁵⁵.

En droit de l'OHADA, les créances garanties par un gage sur le bien vendu sont payées selon la date de constitution du gage. La date de constitution du gage se détermine conformément à la date de l'enregistrement de l'écrit constitutif de la sûreté qui la rend opposable aux tiers. Des questions se sont posées, en doctrine, de savoir quel sort réserver aux biens sur lesquels sont successivement constitués un gage et un nantissement. Laquelle de ces sûretés primera ? Quelle date de constitution sera prise en compte pour classer ces sûretés successives ?

Selon un auteur¹¹⁵⁶, la réponse à toutes ces questions se trouve dans la lecture de l'ancien article 149-4° de l'AUS selon lequel le gage primera le nantissement surtout que le titulaire du gage détient le bien et peut, par ce fait, opposer sa sûreté à tous les créanciers, sauf en cas de fraude ou de mauvaise foi du créancier gagiste¹¹⁵⁷. Avec la réforme de l'AUS, le nouvel article 226-4° prévoit que sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués « *aux créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers* »¹¹⁵⁸. Il faut remarquer que cette disposition fait réapparaître les difficultés jadis dénoncées. Afin d'éclaircir la situation, une relecture des articles 92 et 125 de l'AUS s'impose. Ainsi, l'article 92 prévoit que : « *Le gage est le contrat par*

avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, par un nantissement restreint à l'outillage ou au matériel ainsi acquis.

Si l'acquéreur a la qualité de commerçant, ce nantissement est soumis, sous réserve des dispositions ci-après, aux règles édictées par les chapitres II et III du titre IV du livre Ier, sans qu'il soit nécessaire d'y comprendre les éléments essentiels du fonds.

Si l'acquéreur n'a pas la qualité de commerçant, le nantissement est soumis aux dispositions de l'article L525-16 ».

¹¹⁵⁵ P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456-59, p.906-907.

¹¹⁵⁶ F. ANOUKAHA et alii, op. cit., n° 616, p. 251.

¹¹⁵⁷ Lecture *a contrario* art. 95 AUS selon lequel « *Le constituant d'un gage de biens présents doit être propriétaire de la chose gagée. S'il ne l'est pas, le créancier gagiste peut s'opposer à la revendication du propriétaire dans les conditions prévues pour le possesseur de bonne foi* ».

¹¹⁵⁸ Nouvel Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés, adopté le 15 décembre 2010.

lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs ». Alors que l'article 125 dispose que : « *Le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables* ». En effet, ces deux nouvelles définitions du gage et du nantissement permettent d'écarter définitivement la possibilité qu'un bien puisse à la fois faire l'objet d'un gage et d'un nantissement dans la mesure où désormais le gage est limité aux biens meubles corporels, alors que ne peuvent faire l'objet d'un nantissement que les biens meubles incorporels. De ce fait, sont inscrites au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier, les créances garanties par un nantissement sans dépossession sur les valeurs mobilières¹¹⁵⁹ ou par un privilège soumis à publicité¹¹⁶⁰.

b- Le rang des sûretés mobilières

763. En droit français, le créancier muni de sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application de chapitre V du titre II du livre V est payé, en cas de liquidation judiciaire, après le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice et le privilège de la conciliation.

En droit de l'OHADA, le créancier garanti par un gage est payé, lorsqu'un meuble a été réalisé, après le privilège des frais de justice, le privilège des frais de conservation et le superprivilège des salaires. Viennent après les créanciers munis d'un nantissement ou d'un privilège soumis à publicité, puis les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial. Ces créanciers seront payés chacun suivant le rang de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Le rang de l'inscription se détermine selon la date de l'inscription du privilège ou du nantissement au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Dans tous les cas les créanciers munis d'une sûreté mobilière ou

¹¹⁵⁹ Selon l'art. 126 AUS : « *Peuvent notamment être nantis :*

- *les créances ;*
- *le compte bancaire ;*
- *les droits d'associés, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers ;*
- *le fonds de commerce ;*
- *les droits de propriété intellectuelle* » ; alors que l'article 118 du même AU ajoute que « *Le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds, conformément aux dispositions des articles 162 à 165 du présent Acte uniforme* ».

¹¹⁶⁰ Art. 51 al. 2 AUS prévoit « *l'inscription des privilèges généraux du Trésor, de l'Administration des douanes et des institutions de Sécurité Sociale est effectuée à la diligence du comptable public de l'administration créancière* ».

assimilée sont payés, en liquidation judiciaire du Code de commerce ou lorsqu'un meuble a été réalisé en droit de l'OHADA, avant les créances postérieures.

B- Le rang du créancier postérieur

764. En premier lieu, le créancier postérieur est différemment classé selon la législation en cause, c'est-à-dire selon la procédure collective ouverte ou selon le bien réalisé (1). En second lieu, le créancier postérieur prime, à son tour, certains créanciers de la procédure collective (2).

1) Le classement du créancier postérieur selon la procédure ou le bien réalisé

765. En droit de l'OHADA, les créanciers détenteurs d'une créance contre la masse sont classés selon le bien réalisé. Ainsi, conformément à l'article 166 de l'AUPC applicable à la réalisation des biens immeubles, le créancier est classé après le privilège des frais de justice, le superprivilège des salaires, les créanciers hypothécaires et séparatistes. En application de l'article 167 de l'AUPC concernant la réalisation d'un meuble, le créancier titulaire d'une créance contre la masse sera payée après le privilège des frais de justice, le privilège des frais de conservation, les créanciers garanties par un gage, les créanciers munis d'un nantissement ou d'un privilège soumis à publicité et les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial.

En droit français, en période d'observation, les créances postérieures sont classées après le superprivilège des salaires, les frais de justice et le privilège de la conciliation. En liquidation judiciaire, le créancier postérieur est placé après le superprivilège des salaires, les frais de justice, le privilège de la conciliation et les créances garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre V.

766. Le rang du classement des créanciers de la masse en matière immobilière est identique à celui des créanciers postérieurs méritants en sauvegarde et en redressement judiciaire. Ainsi, de notre point de vue, ce rang est avantageux pour le paiement des créanciers postérieurs dans la mesure où ils ne sont supplantés que par trois catégories de créanciers. Cependant, le rang des créanciers de la masse après réalisation d'un meuble et celui des créanciers postérieurs méritants en liquidation judiciaire ne permettent pas leur paiement rapide. Néanmoins, il se trouve que les créanciers

postérieurs méritants classés en liquidation judiciaire sont mieux placés que les créanciers de la masse, après la réalisation d'un meuble.

A ce niveau, l'AUPC doit prendre en compte la situation singulière des créanciers postérieurs qui sont intervenus pour financer l'activité du débiteur malgré la procédure collective ouverte à son encontre. Pour inciter les créanciers à financer la continuation ou le maintien provisoire de l'activité, un meilleur classement sera nécessaire. En revanche, le créancier postérieur prime à son tour certains créanciers.

2) Les créanciers primés par le créancier postérieur

767. Le créancier postérieur prime à son tour certains créanciers. Il s'agit des créanciers munis de privilèges généraux et des créanciers chirographaires.

a- Les créanciers munis de privilèges généraux

768. Le classement des créanciers munis de privilèges généraux se fait conformément au rang principal issu du droit des entreprises en difficulté et d'un rang subsidiaire issu du droit commun.

a-1) Le rang principal des créanciers munis de privilèges généraux

769. Le créancier muni d'un privilège général est payé après les créanciers postérieurs aussi bien en droit de l'OHADA qu'en droit français et quelque soit la procédure collective ouverte ou le bien réalisé. Ce rang permet d'instaurer la primauté du privilège ou de la priorité des créanciers postérieurs par rapport au privilège général de droit commun. De ce fait, est également classé après les créances postérieures, le privilège des salaires tel que prévu par le droit français, en période d'observation et le droit de l'OHADA.

a-2) Le classement interne des privilèges généraux

770. Etant de droit commun, le conflit entre plusieurs privilèges généraux doit être résolu conformément au Code civil dont l'article 2331 et les articles 2375 à 2376 prévoient respectivement les privilèges généraux mobiliers et immobiliers. Ainsi, les dispositions du Code civil introduisent un classement propre aux privilèges selon la nature du bien sur lequel ils portent.

En droit de l'OHADA, l'AUPC, dans ses articles 166 et 167, recourt à l'AUS pour classer les privilèges généraux entre eux. Par ailleurs, l'AUS reconnaît l'existence de deux types de privilège général classés différemment.

D'une part, le privilège soumis à publicité au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui est prévu par l'article 181 de l'AUS¹¹⁶¹. Les créanciers titulaires du privilège soumis à publicité au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier sont classés *Prior tempore potior jure*, c'est-à-dire selon la date d'inscription de leur privilège et conformément au montant qu'ils ont inscrit.

D'autre part, les créanciers munis d'un privilège non soumis à publicité tels que prévus par l'article 180 de l'AUS sont quant à eux classés dans l'ordre prévu par cette disposition¹¹⁶².

771. Qu'en est-il du conflit entre les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité et ceux non soumis à publicité ? Dans ce cas, les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité primeront-ils les ceux non soumis à publicité ?

Nous pensons que la publicité du privilège ne joue pas un rôle prépondérant dans le cadre de la recherche d'une solution au conflit entre les créanciers privilégiés, dans la mesure où le but de la publicité est d'informer les tiers de l'existence du privilège. Cependant, il est opportun de signaler que lorsqu'un meuble a été réalisé, l'article 167 de l'AUPC, classe les privilèges généraux soumis à publicité de l'article 181 de l'AUS

¹¹⁶¹ Art. 181 AUS : « « Sont privilégiées au-delà du montant fixé par l'article 180 5°) et 6°) du présent Acte uniforme, les créances fiscales, douanières et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales. Ces privilèges n'ont d'effet que s'ils sont inscrits, dans les six mois de l'exigibilité de ces créances, au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (...).

L'inscription conserve le privilège du Trésor public, de l'Administration des douanes et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales pendant trois ans à compter du jour où elle a été prise ; son effet cesse sauf renouvellement demandé avant l'expiration de ce délai ».

¹¹⁶² L'ordre de leur classement est le suivant :

- 1°) les frais d'inhumation, les frais de la dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens ;
- 2°) les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;
- 3°) les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;
- 4°) les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;
- 5°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dues aux organismes de sécurité et de prévoyance sociales ;
- 6°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales et douanières.

avant les créances contre la masse. De ce fait, lorsqu'un meuble a été réalisé, les privilèges généraux soumis à publicité priment outre les créances contre la masse, les privilèges généraux non soumis à publicité. En effet, l'inscription conserve le privilège du Trésor public, de l'administration des douanes et des organismes de prévoyance sociales pendant trois ans. En tout état de cause, le créancier titulaire d'un privilège général de salaires sera classé au rang ci-dessus désigné dans la mesure où l'article 180 de l'AUS relatif aux privilèges généraux sans publicité concerne « *les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective* ».

b- Les créances chirographaires

772. Le sort des créances chirographaires dans le classement général de la procédure collective doit être recherché avant de juger l'emprise théorique du classement général des créanciers qui se ressent plus en droit de l'OHADA.

b-1) Le sort des créances chirographaires

773. La catégorie des créances chirographaires se compose de la partie importante des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective et non titulaires d'un privilège général ou spécial. En outre, il faut également ajouter, en droit français, les créances postérieures non éligibles au traitement préférentiel et les créances postérieures ayant perdu leur privilège parce qu'elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'organe de la procédure collective et n'ont pas été portées sur la liste des créances postérieures.

774. Dans le cadre du paiement des créances chirographaires, le paiement intégral des créanciers du rang supérieur doit intervenir avant celui des créanciers de rang inférieur. Ainsi, lorsque le prix de vente d'un bien spécialement affecté d'une sûreté est insuffisant pour payer la créance en principal et les intérêts, le créancier titulaire de la sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire. A défaut d'application de cette règle, le créancier muni d'une sûreté pourrait recevoir un paiement moindre que le créancier chirographaire. Par conséquent, le créancier muni d'une sûreté réelle spéciale bénéficie au même titre que les créanciers chirographaires du droit de gage général. *In fine*, les articles 166 et 167 de l'AUPC

prévoient que : « *En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc* ».

b-2) L'emprise théorique du classement général des créanciers de la procédure collective

775. Au regard des dispositions concernant le classement général des créanciers de la procédure collective selon l'AUPC, appert une difficulté liée à l'agencement même des différentes dispositions vu leur caractère profondément théorique. Pour estomper le caractère théorique du classement des créanciers dans l'AUPC, une étude pratique de la portée du classement général de l'AUPC s'impose.

776. D'une part, il est à remarquer, dans les distributions sous l'empire de l'AUPC, l'absence de créanciers de la masse et des créanciers chirographaires¹¹⁶³. Concernant l'absence des créanciers contre la masse, elle peut être expliquée par le fait que le maintien de l'activité en liquidation des biens n'est pas automatique étant donné que l'autorisation du juge-commissaire est requise en plus des conditions exigées. Ainsi, en l'absence d'autorisation du maintien de l'activité par le juge-commissaire et dans la mesure où une condition de régularité de naissance de la créance postérieure est exigée, l'absence d'autorisation de continuation de l'activité en liquidation des biens ne permet pas l'existence de créances contre la masse. Quant à l'absence des créances chirographaires des ordonnances de distribution, elle pourrait provenir, purement et simplement, d'une insuffisance des sommes recueillies par le syndic¹¹⁶⁴. En effet, lorsque la somme obtenue de la réalisation des actifs du débiteur a permis, exclusivement, le désintéressement des créanciers ayant un rang préférable conformément à l'ordre retenu par les articles 166 et 167 de l'AUPC et en cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des

¹¹⁶³ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Audience n°38 du 11 juillet 2003. Affaire : Société Sénégalaise des Eaux, Société FERMON LABO, Société EAGLE SECURITE, Compagnie Sucrière Sénégalaise et Edouard GAKOSSO c/ Idrissa NIANG. Ohadata J-09-329 : « *Le juge-commissaire doit procéder à la répartition des deniers tout en tenant compte de la provenance de chaque denier conformément aux articles 162, 166, 167 de l'AUPCAP. Ainsi, si la répartition est faite en violation de ces dispositions, une nouvelle répartition doit être ordonnée* ».

¹¹⁶⁴ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n°081 du 09 avril 2004. Affaire : TRANSCAM. Ohadata J-09-325.

catégories des créanciers classés à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au *marc le franc*¹¹⁶⁵.

D'autre part, des efforts restent à faire sur la question de la compréhension et de l'acception des dispositions par les justiciables dans l'espace de l'OHADA. En effet, la coordination établie entre l'AUS et les sûretés créées en droit national, par l'article 179 de l'AUS, peut être une des difficultés à élucider. En revanche, la question qui nous intéressera à ce niveau est de savoir comment éviter un conflit au sein même de la catégorie des créances postérieures ?

¹¹⁶⁵ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n°136 du 11 mars 2005. Affaire : Société Nationale de Recouvrement dite SNR c/ la SONADIS. Ohadata J-09-326. V. également, la requête aux fins d'opposition à l'ordonnance de répartition n°369/04 du 11 mars 2004 du juge-commissaire de la liquidation des biens de la SONADIS formulée par Maîtres WANE et LEYE pour le compte de la SNR. Ohadata J-09-172.

Section 2 : Le classement entre les créances postérieures

777. En France, le classement entre les créanciers postérieurs a été intitulé « *classement interne des créanciers postérieurs* » par la doctrine, parce qu'il consiste à éclaircir les concours au sein même de la catégorie des créanciers postérieurs¹¹⁶⁶.

778. Il faut à ce niveau souligner que l'AUPC n'a pas prévu de classement entre les créanciers postérieurs. Il s'agit là, *a priori*, d'une négligence du législateur communautaire, conséquence de l'absence de prise en compte, par l'AUPC, de la possibilité de naissance de conflits entre les créanciers postérieurs, même s'il est indéniable que ce genre de conflit puisse exister dans le cadre du paiement des créanciers contre la masse. Pour avoir une première idée du conflit pouvant exister au sein de la catégorie des créances contre la masse, il suffit de se demander comment se fera le paiement des créances contre la masse du redressement judiciaire ayant conservé leur droit de priorité et les créances contre la masse de la liquidation des biens. En l'absence de solution législative pour élucider le problème de la concurrence entre les créances prioritaires, en l'occurrence entre les créances prioritaires contre la première procédure et celles contre la seconde, le pouvoir d'appréciation du syndic ne pourra, à notre sens, permettre de trouver une réponse à ces questions. En effet, accepter que le syndic, en tant que mandataire de justice, puisse mettre son pouvoir d'interprétation et d'appréciation, lorsqu'une ambiguïté ou une imprécision législative appert, au service de la résolution du conflit entre les créanciers contre la masse, ne nous paraît pas acceptable au nom du principe d'égalité entre les créanciers. Dès lors, par rapport à la situation de concurrence entre ces deux types de créances prioritaires contre la masse et l'absence d'un texte permettant de les classer, la seule solution reste le paiement des créanciers au *marc le franc*. De ce fait, en présence de créanciers contre la masse du redressement judiciaire et les créanciers contre la masse de la liquidation des biens, le syndic procédant aux règlements remet à chacun d'eux un pourcentage du montant de sa créance calculée en fonction du rapport entre la masse totale du passif et le produit net de la réalisation de l'actif du débiteur.

779. En revanche, le droit français a pris en compte cette possibilité de conflits entre créanciers postérieurs et leur traitement.

¹¹⁶⁶ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 6^e éd. 2004, n°894.

780. Ainsi, conformément aux articles L622-17-III, L631-14 alinéa 1^{er} et L641-13-III du Code de commerce, avant la réforme introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008, les créanciers des quatre premiers rangs viennent en concours, respectivement, dans leur rang, *au marc le franc*¹¹⁶⁷. Au surplus, quelque soit la date de naissance de la créance postérieure, elle n'aura pas d'incidence sur le classement entre les créanciers postérieurs et l'inscription d'une sûreté par un créancier ne lui permet pas non plus de changer de rang¹¹⁶⁸.

781. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L622-17-III du Code du commerce prévoit, en période d'observation, un classement avec trois rangs. En liquidation judiciaire, l'article L641-13-III du Code du commerce conserve, avec quelques retouches, un classement à quatre rangs.

782. Pour un souci d'éclaircissement, il serait opportun de commencer par déterminer le classement des créances contractuelles (Paragraphe 1) avant de tenter de ventiler le classement des autres créances selon leur rang (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le classement des créances contractuelles

783. Les premiers rangs du classement entre les créances postérieures ont été destinés au classement des créances contractuelles.

784. Ainsi, constituent les premiers rangs du classement entre les créanciers postérieurs, les créances issues d'un contrat de travail (A) et les créances issues d'un contrat conclu ou continué après le jugement d'ouverture de la procédure collective (B).

A- Les créances issues d'un contrat de travail

785. Le classement des créances issues d'un contrat de travail se fait selon que leur montant a été avancé (1) ou non par l'AGS (2).

1) Les créances salariales dont le montant a été avancé par l'AGS

786. Le législateur de l'OHADA n'a pas prévu de mécanisme de garantie des créances de salaire superprivilégiées comme en droit français. En outre, une institution

¹¹⁶⁷ B. SOINNE, op. cit., n°1159 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., n°3066.

¹¹⁶⁸ F. DERRIDA et alii, op. cit., n°418.

chargée de cette garantie n'a pas été créée¹¹⁶⁹. En effet, en France, l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) a été créée par la loi n°73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail¹¹⁷⁰. *De lege ferenda*, comme en droit communautaire européen où il existe une directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, le législateur de l'OHADA pourrait s'en inspirer afin de créer un système et une institution communautaire de garantie des créances des salariés¹¹⁷¹. Dans cette mesure, le financement de ce système pourrait être recherché auprès des Etats et/ou Entreprises de droit privé et sa gestion serait communautaire, d'autant plus qu'un projet d'uniformisation du droit du travail, dans l'espace de l'OHADA, est en cours de réflexion¹¹⁷².

787. Les sommes avancées par l'AGS sont, en principe, limitées par les articles L3253-17 et D3253-5 du Code du travail¹¹⁷³. Ce plafond varie en fonction de l'ancienneté du contrat de travail au jour de l'ouverture de la procédure collective et lorsque le contrat a pris fin avant la date du jugement d'ouverture, la détermination du

¹¹⁶⁹ F. THERA, *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat en Droit des affaires, Université Jean Moulin-Lyon3, 6 décembre 2010, p.204-207.

¹¹⁷⁰ *Les procédures collectives et les droits des salariés*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2011, entretien 3 : Le pilier du traitement social de l'entreprise en difficulté repose sur l'AGS qui est sollicitée pour avancer les créances salariales. Cela introduit une meilleure protection des salariés (mais au détriment du sauvetage de l'entreprise ?).

¹¹⁷¹ Th. MASTRULLO, *Garantie des créances salariales : organisme compétent*, Rev. proc. coll. n° 6, Novembre 2009, comm. 148 : « Lorsqu'une entreprise établie dans plusieurs États membres de l'UE se trouve en situation d'insolvabilité, l'institution compétente pour garantir les créances salariales impayées est celle du pays membre sur le territoire duquel les travailleurs exercent ou exerçaient habituellement leur travail ».

¹¹⁷² Contrairement à son appellation, l'AGS n'est pas une compagnie d'assurance, mais un système de solidarité reposant sur les cotisations des employeurs. Par ailleurs, certains auteurs soutiennent que l'AGS est actuellement « victime de son succès » : V. Th. MÉTEYÉ, *La place de l'AGS dans les procédures collectives. - Quelques questions à...*, Rev. proc. coll. n° 3, Juillet 2008, entretien 1.

¹¹⁷³ C. trav., art. L3253-17 : « La garantie des institutions de garantie mentionnées à l'article L3253-14 est limitée, toutes créances du salarié confondues, à un ou des montants déterminés par décret, en référence au plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions du régime d'assurance chômage ». C. trav., art. D3253-5 : « Le montant maximum de la garantie prévue à l'article L3253-17 est fixé à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage.

Ce montant est fixé à cinq fois ce plafond lorsque le contrat de travail dont résulte la créance a été conclu moins de deux ans et six mois au moins avant la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, et à quatre fois ce plafond si le contrat dont résulte la créance a été conclu moins de six mois avant la date du jugement d'ouverture.

Il s'apprécie à la date à laquelle est due la créance du salarié et au plus tard à la date du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire».

plafond applicable s'effectue en tenant compte de la durée du contrat¹¹⁷⁴. En outre, le paiement partiel de la créance salariale n'exclut pas l'avance de l'AGS sur le solde des créances garanties¹¹⁷⁵.

788. L'ancien 4^o du III de l'article L622-17 du Code de commerce a été supprimé par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Cette disposition visait «*les sommes dues dont le montant a été avancé en application du 3^o de l'article L143-11-1*». Or, par définition, le 3^o de l'ancien L143-11-1 du Code du travail ne concerne que le cas où le tribunal prononce la liquidation judiciaire. C'est donc pour un souci de coordination des dispositions du Code de commerce que l'ordonnance du 18 décembre a supprimé ce renvoi. De ce fait, ce classement est désormais maintenu au III de l'article L641-13 du Code de commerce et ne concerne plus désormais que les créances garanties par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) en liquidation judiciaire.

789. Pour comprendre l'avance du montant des créances salariales par l'AGS, il serait opportun d'étudier au préalable les sommes dues au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective et les autres créances salariales dues par l'AGS.

a- Les sommes dues à l'ouverture d'une procédure collective

790. Afin de délimiter les sommes dues à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, nous allons commencer par déterminer les sommes dues en période d'observation, avant de s'attarder sur les conséquences du prononcé de la liquidation judiciaire sur les sommes dues.

a-1) Les sommes dues en période d'observation

791. L'article L3253-8 du Code du travail prévoit que la garantie de l'AGS ne

¹¹⁷⁴ En 2012, le montant maximum du plafond de garantie de l'AGS, toutes créances du salarié confondues, s'élevait à 72 744 euros (source site Internet de l'AGS).

¹¹⁷⁵ Soc.11 avril 2012, n° 09-68.553, n° 1036, FS-P+B. V. également, Soc. 5 janvier 2011, n° 09-69.035, n° 28, FS-P+B : « *L'exclusion prévue par Code de commerce ne peut être opposée lorsque l'article L3253-8 du Code du travail est applicable, c'est-à-dire lorsque, d'une part, le salarié exerce ou exerçait habituellement son travail en France, sur le territoire métropolitain ou dans un département d'Outre-mer et, d'autre part, une procédure collective d'apurement du passif de l'employeur est ouverte ou exécutoire en France. Ainsi, le salarié d'une société immatriculée en Polynésie française n'est pas privé de la garantie de l'AGS lorsqu'il exerce habituellement son travail en France métropolitaine et que son employeur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire prononcée par une juridiction française, en l'occurrence le tribunal mixte de commerce de Papeete* ».

s'applique pas aux créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et résultant de la poursuite du contrat de travail, en l'absence de prononcé d'une liquidation judiciaire¹¹⁷⁶.

792. Qu'en est-il des sommes dues pendant la période d'observation en cas de conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ?

Les créances salariales postérieures au jugement d'ouverture de la sauvegarde vont bénéficier de la garantie par l'AGS d'un mois et demi de salaires, lorsque la procédure de redressement elle-même a été convertie en liquidation judiciaire¹¹⁷⁷. Cette garantie semble devoir s'appliquer également aux indemnités du licenciement intervenu pendant la période d'observation¹¹⁷⁸.

a-2) Le prononcé de la liquidation judiciaire

793. Le Code du travail fait bénéficier les salariés de la garantie de l'AGS pour les sommes qui leur sont dues au cours de la période d'observation, mais seulement lorsqu'une liquidation judiciaire a été ensuite prononcée¹¹⁷⁹.

794. Il est important de signaler que la garantie de l'AGS ne portera que sur les sommes échues au cours des périodes couvertes, lorsque ces sommes naissent périodiquement dans le cadre des créances dues en contrepartie financière d'une clause de non concurrence¹¹⁸⁰. L'AGS garantit les sommes dues au salarié entre le licenciement et la réintégration du salarié dont le licenciement a été annulé¹¹⁸¹. La garantie de l'AGS est applicable aux indemnités journalières dues par l'employeur au cours de la période d'observation¹¹⁸². L'AGS garantit également les sommes prévues par les plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) pour favoriser le reclassement des salariés, y compris à l'extérieur de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, ainsi qu'aux dommages et intérêts réparant l'inexécution d'un engagement tendant à ces

¹¹⁷⁶ Th. MONTÉLAN et Y. BOURGOIN, *Redressement judiciaire, Les répartitions en matière de procédures collectives*, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, Gaz. Pal. 29 juillet 2008 n° 211, p. 3 ; Soc. 4 juin 2003, n°01-40. 585, inédit titré, Act. proc. coll. 2003, n°12, p. 342, obs. F. TAQUET.

¹¹⁷⁷ Th. MÉTÉYÉ, *L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde*, Gaz. proc. coll. 2006/3, n° 12, p. 5.

¹¹⁷⁸ Ph. PÉTEL, *L'AGS et la réforme des procédures collectives*, RJ com. 2006/3, n°21, p. 182.

¹¹⁷⁹ Soc. 31 octobre 2007, n°06-40.471, inédit, n°2076 F-D.

¹¹⁸⁰ Soc. 20 juin 2006, n°04-48.523, Bull. Civ. V, n°218.

¹¹⁸¹ Soc. 16 novembre 1999, n°97-42.069, Bull. civ. V, n°440.

¹¹⁸² Com. 21 février 2007, n°05-40. 364, inédit, F-D, Act. proc. coll. 2007/8, n°94.

reclassements. Les juges ont d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer en matière d'offres de reclassement en affirmant que :

*« L'AGS doit garantir les sommes allouées à titre de dommages et intérêts pour réparer le préjudice résultant de l'inexécution de l'engagement d'un employeur de présenter un nombre minimal d'offres d'emploi valables en vue de faciliter le reclassement externe des salariés, pris avant le jugement arrêtant le plan de cession. Peu importe que cet engagement ne soit exécutable qu'après le licenciement des intéressés »*¹¹⁸³.

795. Le même plafond de garantie est applicable aux sommes dues pour les quinze jours suivant la liquidation judiciaire et pour les sommes dues pendant la poursuite provisoire autorisée de l'activité en liquidation judiciaire¹¹⁸⁴. Néanmoins, la garantie est exceptionnellement portée à un mois de la liquidation judiciaire pour le représentant des salariés étant donné qu'il ne peut pas être licencié dans les quinze jours de la liquidation¹¹⁸⁵.

b- Les autres créances salariales dues par l'AGS

796. Le droit des procédures collectives a des conséquences sur les créances antérieures d'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise et d'arrérages de préretraite prévues par le Code du travail. Ainsi, elles sont garanties par l'AGS, lorsqu'elles sont exigibles à la date du jugement d'ouverture ou lorsqu'elles deviennent exigibles par la rupture du contrat de travail en présence d'un plan de continuation, d'un plan de cession totale ou de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. La garantie de l'AGS couvre également les cotisations et contributions sociales salariales d'origine légale ou conventionnelle imposée par la loi. Cependant, la garantie ne couvre pas les cotisations patronales¹¹⁸⁶, mais la participation de l'employeur aux allocations de conversion sont couvertes, lorsque la convention de conversion a été conclue après le jugement d'ouverture¹¹⁸⁷. La garantie de l'AGS n'est pas non plus due pour les indemnités de préavis de l'ASSEDIC¹¹⁸⁸.

¹¹⁸³ Soc. 8 février 2012, n° 10-12.906, 10-13.405 et 10-13.521 (jonction), n° 301, F-P+B; Act. proc. coll. 2012-5, comm. 74, obs. L. FIN-LANGER.

¹¹⁸⁴ Soc. 8 octobre 2003, n°01-43.951, Bull. Civ. V, n°255.

¹¹⁸⁵ Soc. 2 juin 1992, n°89-44. 951, Bull. Civ. V, n°358.

¹¹⁸⁶ Soc. 28 mars 2000, n°98-42.494, inédit titré, D. 2001, somm. P. 11, obs. F. DERRIDA.

¹¹⁸⁷ Soc. 18 juillet 2000, n°98-42.864, inédit titré, Act. Proc. Coll. 2000/16, n°212.

¹¹⁸⁸ Soc. 18 juillet 2000, n°98-42.864, inédit titré, Rev. Proc. Coll. 2001, 42, n°18, obs. F. TAQUET.

c- Les avances de l'AGS sur le montant des créances salariales

797. Les avances de l'AGS sur le montant des créances salariales sont soumises à des conditions et doivent être remboursées par le débiteur.

c-1) Les conditions des avances de l'AGS

798. Les avances du montant des créances salariales par l'AGS se font sur la base des relevés de créances. En effet, les relevés de créances salariales sont établis par le mandataire judiciaire dans les conditions de l'article L3253-19 du Code du travail¹¹⁸⁹.

799. Ainsi, le règlement des créances garanties par l'AGS doit intervenir dans les cinq jours de la réception des relevés des créances salariales établis dans les huit jours du jugement d'ouverture¹¹⁹⁰.

c-2) Le remboursement des avances de l'AGS

800. Pour le remboursement des avances des créances postérieures, l'AGS bénéficie de la subrogation personnelle dans les droits des salariés et donc du quatrième rang du classement entre les créanciers postérieurs. En effet, les juges ont admis que la priorité de paiement dont bénéficient les créances superprivilégiées de salaires et qui, en cas de procédure collective, leur permet de passer avant toutes autres créances, y compris celles postérieures au jugement d'ouverture, a profité à l'ASSEDIC étant donné qu'elle est subrogée dans les droits des créanciers superprivilégiés¹¹⁹¹. Par ailleurs, selon un

¹¹⁸⁹ C. trav., art. L3253-19 : « 1° Pour les créances mentionnées aux articles L3253-2 et L3253-4, dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure ;

2° Pour les autres créances également exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure, dans les trois mois suivant le prononcé du jugement ;

3° Pour les salaires et les indemnités de congés payés couvertes en application du 3° de l'article L3253-8 et les salaires couverts en application du dernier alinéa de ce même article, dans les dix jours suivant l'expiration des périodes de garantie prévues à ce 3° et ce, jusqu'à concurrence du plafond mentionné aux articles L3253-2, L3253-4 et L7313-8 ;

4° Pour les autres créances, dans les trois mois suivant l'expiration de la période de garantie.

Les relevés des créances précisent le montant des cotisations et contributions mentionnées au dernier alinéa de l'article L3253-8 dues au titre de chacun des salariés intéressés».

¹¹⁹⁰ C. trav., art. L3253-21: « Les institutions de garantie mentionnées à l'article L3253-14 versent au mandataire judiciaire les sommes figurant sur les relevés et restées impayées :

1° Dans les cinq jours suivant la réception des relevés mentionnés aux 1° et 3° de l'article L3253-19 ;

2° Dans les huit jours suivant la réception des relevés mentionnés aux 2° et 4° du même article.

Par dérogation, l'avance des contributions de l'employeur au financement de la convention de reclassement personnalisé est versée directement aux organismes chargés du recouvrement mentionnés à l'article L5427-1.

Le mandataire judiciaire reverse immédiatement les sommes qu'il a reçues aux salariés et organismes créanciers, à l'exclusion des créanciers subrogés, et en informe le représentant des salariés ».

¹¹⁹¹ Com. 6 juillet 1993, Bull. Civ. IV, n°285, p.202.

auteur, la Cour de cassation refuse de voir dans le superprivilège des salaires l'une de ces prérogatives tellement attachées à la personne de son titulaire qu'on ne peut concevoir son transfert même à celui qui a eu le mérite de le désintéresser¹¹⁹².

801. Dans le cadre de son droit de remboursement par subrogation, l'AGS profite du rang dédié, dans le classement entre les créances postérieures, aux sommes dont le montant a été avancé. Dans la mesure où les avances de l'AGS ne sont faites que lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte, l'AGS sera remboursée, conformément à l'article L641-13-III du Code de commerce, après les créances dont le montant n'a pas été avancé et les prêts consentis et les contrats poursuivis.

2) Les créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS

802. Il serait important de commencer par déterminer les créances salariales non avancées par l'AGS avant de s'attarder sur le rang de ces créances.

a- Les créances salariales non avancées par l'AGS

803. L'étendue des sommes non avancées par l'AGS peut être déduite d'une lecture *a contrario* des dispositions du Code de commerce concernant les sommes avancées par l'AGS. En effet, ne sont pas avancées par l'AGS, les sommes qui ne remplissent pas les conditions fixées par le Code du travail en matière de garantie des salaires. Ainsi, en présence d'une procédure de sauvegarde, la garantie de l'AGS a vocation à intervenir d'une manière limitée¹¹⁹³. De ce fait, l'AGS ne couvre pas le paiement des créances antérieures afin d'écartier tout usage détourné de la procédure de sauvegarde¹¹⁹⁴. Par exemple, ne peuvent pas être mises à la charge de l'AGS, les créances d'un salarié, engagé par une société ultérieurement mise en redressement judiciaire et faisant ensuite l'objet d'un plan de cession totale, lorsque ce salarié est licencié pour motif économique à la suite de la modification du plan par un jugement qui autorise la suppression de son poste¹¹⁹⁵.

¹¹⁹² J. MESTRE, *De l'effet translatif de la subrogation personnelle*, RTD Civ. 1994 p. 358 - *contra* M. RAMACKERS, *Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ?* D. 1989.Chron.301.

¹¹⁹³ P. MORVAN, *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E 25005-42, 1511.

¹¹⁹⁴ D. VOINOT, *Procédures collectives*, Montchrestien, éd. Lextenso, 2011, n°468, p.163.

¹¹⁹⁵ Soc. 6 mars 2012, n° 10-27.847, F-D, Act. proc. coll. n° 7, Avril 2012, alerte 100.

b- Le rang des créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS

804. Les créances salariales non avancées par l'AGS bénéficient du premier rang du classement entre les créanciers postérieurs aussi bien en période d'observation qu'en liquidation judiciaire. En effet, ce rang supérieur octroyé aux créances salariales non avancées par l'AGS se justifie par la nature alimentaire attachée au salaire et par l'absence de la garantie de l'AGS pour leur paiement. De ce fait, ce premier rang du classement interne des créanciers postérieurs appartient-il uniquement aux créances salariales¹¹⁹⁶ ? Ou bien toute créance issue du contrat de travail pourrait-elle en bénéficier¹¹⁹⁷ ?

De notre point de vue, il est possible de déduire de la position de la jurisprudence que seules les créances salariales sont prises en compte dans le cadre du bénéfice du premier rang du classement interne étant donné que la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion d'écarter l'application du premier rang du classement interne pour les indemnités de rupture¹¹⁹⁸. Alors, qu'en est-il du classement des créances issues d'un contrat conclu ou continué après le jugement d'ouverture ?

B- Les créances issues d'un contrat conclu ou continué après le jugement d'ouverture

805. Une étude des contrats concernés (1) et de leur rang de classement s'impose (2).

1) Les contrats concernés

806. La disposition du Code de commerce concerne aussi bien les contrats de prêt que les contrats continués.

a- Les contrats de prêt

807. Sous la législation antérieure à loi de sauvegarde des entreprises, la disposition concernait uniquement les concours octroyés par les établissements de crédit. C'est dans ce cadre qu'un rapporteur au Sénat a soulevé qu'une telle restriction ne paraît plus, en

¹¹⁹⁶ F. DERRIDA et alii, op. cit., n°418, G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit. n°3066 ; Y. GUYON, op. cit., n°1255.

¹¹⁹⁷ B. SOINNE, op. cit., n°1152 ; M. CABRILLAC, *L'article 40 de la loi nouvelle et les nouveaux privilèges de procédure*, Rev. proc. coll. 1986, p. 13 s.

¹¹⁹⁸ CA Paris, 14 mars 1989, JCP E 1990, II, 15668, n°18, obs. Ph. PÉTEL ; M. CABRILLAC, art. précité, n° 29 ; B. SOINNE, op. cit., n° 1152 - *Contra* F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, op. cit., n° 418.

l'état actuel du droit des affaires, avoir de justification étant donné que d'autres personnes autres que les établissements de crédit peuvent fournir des prêts à l'entreprise en difficulté¹¹⁹⁹. Ainsi, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il ne s'agit plus des seuls prêts consentis par les établissements de crédit, mais de l'ensemble des prêts qui bénéficie de ce rang de classement¹²⁰⁰. En effet, peuvent être concernés, l'associé ou l'entourage du débiteur dans la mesure où ces derniers peuvent également financer la procédure collective dont il fait l'objet. Cependant, la question subsidiaire est de savoir si la disposition se réfère au prêt ou à tout crédit accordé à l'entreprise ?

Selon le garde des Sceaux, « *si le prêt peut être contrôlé, le crédit en revanche n'est pas contrôlable* »¹²⁰¹. D'ailleurs, les locations financières ont été exclues du bénéfice de ce rang du classement interne, n'étant pas considérées comme des prêts¹²⁰².

b- Les contrats continués

808. Par rapport aux bailleurs, le législateur, par le biais de l'ordonnance du 18 décembre 2008, corrige l'ambiguïté du texte de l'ancien article L621-32 du Code de commerce, qui avait entraîné une difficulté relative au sort des indemnités et pénalités subséquentes à la résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi. Désormais, les indemnités et pénalités subséquentes à la résiliation du contrat régulièrement poursuivi sont bien exclues du privilège de paiement, et doivent donc être déclarées¹²⁰³. Elles sont considérées, par fiction juridique, comme des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective. Dans tous les cas, cette disposition concerne les contrats conclus avant le jugement d'ouverture et continués après, étant donné que les nouveaux contrats conclus après l'ouverture de la procédure collective ne sont pas mentionnés¹²⁰⁴.

809. Les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L622-13 du Code de commerce et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ; ces prêts et délais de

¹¹⁹⁹ Ch. GAUDIN, avis n°337, Doc. Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, p.86.

¹²⁰⁰ C. mon. et fin., sont des établissements de crédit : les banques, les banques mutualistes ou coopératives, les caisses de crédit municipal, les sociétés financières et les institutions spécialisées.

¹²⁰¹ Intervention de MEHAIGNERIE, JO Sénat CR, Séance du 13 avril 1994, p1920, cité par P.-M. LE CORRE, op. cit., n°456-64, p.911.

¹²⁰² Grenoble, 2 novembre 1987, LPA 29 août 1988, p.2, obs. GALLET.

¹²⁰³ Paris, 10 septembre 2009, RG 08/12849.

¹²⁰⁴ Rapp. THYRAUD, Sénat, Doc. Adm. n°332, p.96.

paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité¹²⁰⁵. Ainsi, conformément à l'article R622-14 du Code de commerce : « *La décision du juge-commissaire qui autorise les prêts et accorde des délais de paiement conformément au 2° du III de l'article L622-17 est transcrite sur le registre tenu à cet effet au greffe du tribunal avec l'indication de l'identité du débiteur, du montant des prêts, de l'identification du prêteur et de l'échéance des prêts ou des délais de paiement* ». De ce fait, à notre sens, l'inobservation de ces conditions et de la publicité exigée doit permettre de rétrograder ces créances au rang inférieur du classement entre les créances postérieures.

2) Le rang des créances issues des contrats concernés

810. Le Code de commerce accorde un rang avantageux aux créances résultant de prêts et contrats continués dans la mesure où ils viennent juste après les créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS, aussi bien en période d'observation qu'en liquidation judiciaire. Le rang favorable du classement des contrats de prêt ou continués s'explique par le fait que le créancier a participé au financement de l'activité de l'entreprise en difficulté afin d'en permettre le sauvetage. En dernier lieu, viennent les autres créances postérieures selon leur rang.

Paragraphe 2 : Les autres créances selon leur rang

811. Pour cerner le contour du classement des autres créances postérieures selon leur rang, il est préférable de différencier leur classement principal (A) de leur classement subsidiaire (B).

A- Le classement principal des autres créances selon leur rang

812. Le dernier rang du classement entre les créances postérieures concerne les autres créances postérieures, selon leur rang. Ainsi, tous les créanciers postérieurs privilégiés qui n'ont pas bénéficié de l'un des premiers rangs du classement interne viennent en rang inférieur. En période d'observation de la sauvegarde et du redressement judiciaire, les autres créances postérieures sont classées après les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS et les prêts et contrats poursuivis. En liquidation

¹²⁰⁵ CA Douai, CH. 02 SECT. 01, 29 juin 2011, n° 11/03178.

judiciaire, les autres créances postérieures sont classées après les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS, les prêts et contrats et les sommes dont le montant a été avancé par l'AGS. Dans tous les cas ces créances ferment la marche du classement entre les créances postérieures.

813. Reste à préciser le classement dans l'hypothèse de liquidation judiciaire consécutive à une période d'observation de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Dans ce cas, il résulte de l'article L641-13, I du Code de commerce, qu'aucune importance n'est attachée à la procédure au cours de laquelle les créances sont nées. Ainsi, par exemple, pour le classement interne du III, dans la procédure de liquidation judiciaire, viennent à égalité toutes les créances postérieures, nées durant la liquidation judiciaire ou durant la période d'observation qui l'a précédée¹²⁰⁶.

Le classement principal des autres créances postérieures doit se faire selon leur rang, ce qui donne lieu à un classement subsidiaire entre ces créances.

B- Le classement subsidiaire des autres créances selon leur rang

814. Un sous-classement est introduit par le législateur au sein même du dernier rang du classement des créanciers postérieurs. Ce sous-classement tient compte, d'une part, des privilèges généraux dont bénéficient certains créanciers comme le fisc et l'Urssaf (1) et d'autre part, des sûretés spéciales prises par certains créanciers postérieurs (2).

1) Les créances postérieures assorties d'un privilège général

815. En effet, ces autres créanciers pouvant prétendre au bénéfice du traitement préférentiel seront donc classés entre eux selon les causes de préférence du droit commun, c'est-à-dire les privilèges, les hypothèques et les nantissements¹²⁰⁷. La liste des privilèges mobiliers généraux est donnée en principe par l'article 2332 du Code civil ; mais il faut y inclure les privilèges généraux prévus par des textes spéciaux¹²⁰⁸. Les divers bénéficiaires d'un même privilège ou de deux privilèges généraux de même rang viennent en principe en concours, quelle que soit la date de naissance des diverses créances¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ F. PÉROCHON, op. cit., n° 54, p. 57.

¹²⁰⁷ Y. GUYON & J. DERRUPPÉ, Rep. com., septembre 1996, D. 2012.

¹²⁰⁸ Loc. cit.

¹²⁰⁹ C. civ., art. 2097 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, t. 12, cité par E. BECQUE, n° 221.

2) Les créances postérieures assorties d'un privilège spécial

816. En l'absence de règles expresses dans le Code civil, il est généralement admis que les privilèges spéciaux mobiliers passent avant les privilèges généraux ; cette solution, qui est traditionnelle, peut se fonder sur la règle *generi per speciem derogatur* et par l'importance des motifs qui justifient les privilèges spéciaux, c'est-à-dire le gage tacite, la conservation de la chose ou l'introduction d'un bien dans le patrimoine¹²¹⁰

817. En tout état de cause, les sûretés détenues par ces créanciers postérieurs ne leur permettent pas de changer leur rang, mais leur permettent de primer les autres créanciers du dernier rang.

¹²¹⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, t. 12, cité par E. BECQUE, n° 217 ; R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, t. 13, cité par P. VOIRIN, n° 572 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n° 496 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, op. cit., n° 872 ; Req. 20 mars 1849, DP 49.1.250, S. 50.1.106 ; Com. 25 octobre 1976, Bull. civ. IV, n° 267, D. 1977.380, note J.-J. TAISNE.

CONCLUSION DU TITRE II

818. Le présent titre a été l'occasion d'étudier en profondeur la règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures. Comme la règle principale du paiement à l'échéance, la règle subsidiaire du paiement par préférence des créances postérieures obéit, en premier lieu, à des particularités tenant aussi bien à la nature de la cause de préférence qu'à sa conservation.

819. En second lieu, la mise en œuvre de la règle subsidiaire du paiement par préférence, c'est-à-dire conformément au classement entre les créances, quant à elle, est régie par deux types de classement. D'une part, le classement général regroupant tous les créanciers de la procédure collective, y compris les créanciers postérieurs dont le paiement conformément au classement dépend de la législation prise en considération ; et d'autre part, le classement entre les créanciers propre au droit français qui présente l'avantage de régler les conflits de paiement entre les créances postérieures elles-mêmes.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

820. Une fois le domaine des créances postérieures déterminé, il est important de se demander ce qui adviendra de ces créances. Le droit des procédures collectives, aussi bien en France que dans la zone de l'OHADA, applique un régime préférentiel ou de faveur aux créances postérieures.

821. Le régime avantageux est octroyé aux créances postérieures parce que les créanciers postérieurs ont accepté de soutenir l'entreprise en difficulté. Pour cela, d'une part, ceux qui acceptent d'éclaircir l'avenir de l'entreprise et de donner un peu d'espoir, souhaitent l'assurance de leur paiement à l'échéance. D'autre part, lorsque le débiteur n'arrive pas à éponger les dettes nées après le jugement d'ouverture, tout redressement est impossible.

822. Le régime préférentiel des créances postérieures se dédouble, puisqu'il permet, en premier lieu, le paiement à l'échéance ou au comptant des créances postérieures et en deuxième lieu, un paiement par privilège ou par priorité, lorsque le paiement à l'échéance ou au comptant n'a pas valablement produit ses effets.

823. Une distinction fondamentale s'impose entre la priorité de paiement et le privilège. En effet, bien que le droit de priorité s'exerce sur les actifs de l'entreprise, ses effets sont réduits, puisque le droit de priorité n'est pas conservé lors d'une procédure subséquente.

824. L'AUPC issu du traité de Port Louis a opté pour la priorité du paiement, même si cette priorité se révèle être améliorée, parce qu'elle ne se perd pas par l'avènement d'une procédure collective subséquente.

825. Le droit français a depuis la loi de sauvegarde des entreprises attribué un véritable privilège aux créances postérieures élues non payées à l'échéance. Cela a permis aux créances de conserver, sous réserve d'avoir été portées à la connaissance de l'administrateur judiciaire et d'avoir été portées sur la liste des créances postérieures, leur privilège intact lors d'une procédure subséquente.

CONCLUSION GENERALE

826. Le droit français et le droit de l'OHADA des procédures collectives s'accordent sur les critères classiques de la détermination des créances postérieures. En effet, ces critères sont ceux issus des anciennes législations françaises et portent sur la chronologie et la régularité de la naissance des créances postérieures, ajoutée par la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Par ailleurs, l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du passif s'éloigne, singulièrement, de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 considérée par certains auteurs comme son modèle, par l'adjonction du critère de la régularité de la naissance des créances postérieures¹²¹¹.

827. A ces critères dits classiques, et eu égard à l'impératif actuel de sauvegarde des emplois imposé par la loi de sauvegarde des entreprises, ont été ajoutés des critères téléologiques ou d'utilité de la créance postérieure. Ces nouveaux critères mettent en exergue un procédé de sélection rigoureuse entre les créances postérieures afin de ne retenir que celles qui sont dignes d'un traitement de faveur.

Contrairement à la loi de sauvegarde des entreprises et l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'AUPC n'a pas introduit des critères d'utilité mettant en place un processus de sélection au sein même de la catégorie des créances contre la masse. Cependant, l'exégèse des dispositions de l'AUPC fait apparaître un critère implicite d'utilité, dans la mesure où les créances contre la masse sont celles définies comme ayant profité à la masse des créanciers. De ce fait, l'existence du critère du profit à la masse des créanciers provient de la prise en compte de l'esprit général de l'AUPC.

828. Une fois déterminé, le sort des créances postérieures est régi par l'application d'un régime juridique spécifique. C'est dans ce cadre que les créances postérieures sont payées au comptant ou à l'échéance. En effet, le créancier agit comme si aucune procédure collective n'a été ouverte contre son débiteur. Cela lui permet également d'intenter, en cas de non paiement spontané au comptant ou à l'échéance, une action en demande de paiement. En d'autres termes, les créanciers postérieurs conservent la

¹²¹¹ V. les ouvrages : F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, collection Droit Uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002 ; et J.R. GOMEZ, *OHADA : Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Le Droit en Afrique, BAJAG-MERI.

possibilité d'exercer des actions en paiement car les règles de la suspension des poursuites individuelles et de l'interdiction des voies d'exécution ne leur sont pas applicables. Le fondement de la non-application de ces règles, pourtant essentielles pour les procédures collectives, découle du fait que les créances postérieures bénéficient d'un traitement en marge de la procédure collective. Ainsi, elles sont payées comme si le débiteur était *in bonis*.

829. Lorsque le paiement au comptant ou à l'échéance et la poursuite individuelle du débiteur n'ont pas favorablement joué, le créancier a le droit d'être payé, cette fois-ci, dans le cadre de la procédure collective, par priorité ou par privilège à tous les autres créanciers. Le paiement par priorité ou par privilège est cependant subsidiaire au principe du paiement au comptant ou à l'échéance, puisqu'il n'intervient qu'en cas d'échec du premier.

En droit de l'OHADA, la priorité de paiement n'est pas un privilège au sens du Code civil ou de la loi de sauvegarde des entreprises. Elle n'est pas non plus une simple priorité, d'où la proposition de désigner cette priorité comme un « *droit de priorité amélioré* », parce que cette priorité subsiste même en cas d'ouverture d'une procédure collective subséquente.

830. Au regard de tout ce qui précède, il nous est permis de remarquer que le droit français des entreprises en difficulté a subi plusieurs modifications législatives au fil du temps. Cette fluctuation législative n'est pas sans conséquences sur les difficultés d'appréhension et de compréhension de l'arsenal juridique mis en place. Ainsi, les praticiens sont facilement dépassés par l'armada de lois se succédant, souvent dans des délais très courts faisant du droit français des entreprises en difficulté, un droit excessivement compliqué. D'ailleurs, comme l'a pensé un auteur, « *le domaine des procédures collectives invite particulièrement le juriste à la modestie, tant les résultats y sont rarement à la hauteur des espérances* »¹²¹².

En revanche, l'ordonnance du 18 décembre 2008 et, beaucoup plus accessoirement, le décret du 12 février 2009, ont tenté d'apporter une certaine simplification du régime des créances postérieures dans le cadre de la réduction de la diversité des règles

¹²¹² Ph. FROEH-LICH cité par F. PÉROCHON, *Le sort des créanciers postérieurs*, LPA 10 juin 2004 n° 116, p. 16.

applicables. Il s'agit là d'un effort appréciable, même s'il n'a pas effectivement permis l'élimination totale des complexités futiles du droit actuel des entreprises en difficulté.

831. Dans le cadre du droit de l'OHADA, nous ne pouvons qu'être d'accord avec un auteur qui affirmait que : « *le droit des procédures collectives est le parent pauvre du débat judiciaire dans l'espace OHADA* »¹²¹³. En effet, au Niger, par exemple, au courant de l'année 2007, seules six (6) procédures de liquidation des biens ont été ouvertes¹²¹⁴. Cette pauvreté de l'application judiciaire de l'AUPC permet de poser la question de l'effectivité du droit de l'OHADA et plus singulièrement de l'effectivité du droit des procédures collectives d'apurement du passif¹²¹⁵.

La question de l'effectivité sous-tend la question subsidiaire de l'efficacité du droit issu de l'AUPC, puisque la plupart des justiciables de l'espace de l'OHADA optent aisément pour les procédures d'exécution individuelle ou les règlements extrajudiciaires des différends¹²¹⁶. D'une part, le recours aux procédures civiles d'exécution est guidé par le fait que les créanciers s'imposent une course au paiement en ne prenant pas en compte le sort des autres créanciers. Cette course, éloigne, de manière inconditionnelle, les procédures collectives de leur but qui consiste à effacer l'emprise des intérêts individuels au profit de la protection de l'intérêt collectif des créanciers sous la responsabilité du syndic. D'autre part, le recours aux règlements extrajudiciaires des différends est dû au sentiment concrétisé par l'adage selon lequel: « *vaut mieux un mauvais arrangement qu'un bon procès* ». Ainsi, les justiciables préfèrent, de loin, régler les difficultés de leurs entreprises à l'amiable, plutôt que de les confier à un tribunal. Cette attitude n'est pas en elle-même une mauvaise chose eu égard à l'importance que revêt actuellement les modes alternatifs de règlement des différends, cependant, la situation a le don de vider le droit des entreprises en difficulté de sa substance, c'est-à-dire de la jurisprudence qui garantit une bonne application des dispositions et conforte son caractère pragmatique. Par conséquent, il est fréquent de trouver des décisions d'ouverture de procédures collectives, mais très peu de décisions

¹²¹³ S. OUMAROU, op. cit., novembre 2007.

¹²¹⁴ Loc. cit.

¹²¹⁵ Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé et l'efficacité économique*, « L'analyse économique du droit et la compétition des droits », Revue de droit HENRI CAPITANT, n°1, Octobre.

¹²¹⁶ S. YAMEOGO, Le contrôle des armes légères et de petit calibre en Afrique de l'ouest, *Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement (IHEID) - Master en Etudes du Développement 2009, plus précisément la section 2 intitulée l'évaluation sous l'angle tripartite de l'efficacité, l'effectivité et de l'efficience.*

en cours de procédure, notamment en matière de continuation de l'activité du débiteur, voire de la situation des créanciers contre la masse. Or , « *la loi amputée de la jurisprudence n'est qu'une simple compilation positiviste de normes abstraites n'exprimant pas le droit vivant (...) ce qui limite l'observateur à une gymnastique intellectuelle ou une analyse théorique des textes* »¹²¹⁷. Le constat est que la rareté des procédures collectives apparaît également comme une conséquence de la « *non-opérationnalisation* » de la procédure de saisine d'office introduite par l'article 29 de l'AUPC¹²¹⁸.

Il en résulte que malgré quatorze (14) années d'application de l'AUPC, certaines questions sont encore en suspens, sans aucune solution claire comme en matière d'exercice des voies d'exécution par les créances de la masse. Il ne faut pas également oublier la prise en main hésitante du droit des entreprises en difficulté par les juges chargés de son interprétation en vue d'une application concrète et efficace. Cette difficulté est, on peut le penser, sur la voie d'être résolue par l'activité intensive de formation des magistrats et auxiliaires de justice, sous l'auspice de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), sur le droit de l'OHADA et ses Actes Uniformes y compris en matière de procédures collectives. Il faut également encourager la mise en place par le TPI de Cotonou d'un dispositif de base de données permettant de retracer la cessation d'activité des entreprises, même si le Système Automatisé d'Immatriculation Unique des Entreprises (SATURNE) reste à perfectionner¹²¹⁹.

832. L'AUPC étant actuellement en cours de révision, nous osons espérer que les dispositions relatives aux créances contre la masse seront reprises de manière détaillée en vue d'une simplification de leur application, sachant que l'objectif principal de l'AUPC est d'éliminer, autant que possible, l'insécurité tant juridique que judiciaire dans l'espace de l'OHADA¹²²⁰.

833. Par ailleurs, le droit européen de l'insolvabilité n'est-il pas entrain d'emboîter le pas à l'OHADA ? En effet, la communication sur « *la nouvelle approche de la*

¹²¹⁷ S. OUMAROU, Ibid.

¹²¹⁸ J. FIDEGNON, *Le règlement des procédures collectives par le tribunal de première instance de première classe de Cotonou*, Mémoire de fin de formation du cycle II, Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature, Université d'ABOMEY-CALAVI, décembre 2011, p.12.

¹²¹⁹ Voir Idem où l'auteur fait état d'imperfections de la base SATURNE eu égard à l'absence de sanction des opérateurs économiques n'ayant pas procédé à la déclaration de la cessation de leurs activités.

¹²²⁰ P. MEYER, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, Penant n° 855, p. 151.

défaillance économique et de l'insolvabilité » accompagnant la proposition de modification du règlement n°1346/2000 tend vers une harmonisation des droits nationaux des procédures collectives¹²²¹.

¹²²¹ M. MENJUCQ, *Modification du règlement insolvabilité : dernière étape avant l'harmonisation des droits nationaux des procédures collectives ?* Rev. proc. coll. n°1, janvier-février 2013.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I- Ouvrages généraux et spécialisés

AGGREY (A.), *Guide de la faillite*, Juris-Editions, éd. juridiques de Côte d'Ivoire, 1989.

ALAHYANE (N.), *Les conséquences du caractère intuitu personae du contrat de licence de brevet et du contrat de licence de marque*, Paris, édité par l'auteur, 1999.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Janvier 2002.

ANDRE (M.-E.), *L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels*, Mélanges M. CABRILLAC.

ANOUKAHA (F.) et alii, *Sûretés*, éd. Bruylant, Collection Droit uniforme africain.

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.), *Règlement judiciaire et Faillite : Traité et formulaire*, 3^e éd., librairies techniques, 1963.

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995.

ASTEGIANO-LA RIZZA (A.) et alii, *Droit et pratique des baux commerciaux*, D. 2012.

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, LGDJ 1969.

AZEMA, et Alii, *Dictionnaire de droit des affaires*, Dictionnaires de Droit, Ellipses.

BECQUÉ-ICKOWICZ (S.), *La réforme des procédures collectives*, [sous la direction de F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER], LGDJ 2006.

BILLIAU (M.), GHESTIN (J.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil [sous la direction de J. GHESTIN] Le régime des créances et des dettes*, LGDJ.

BITSAMANA (H.-A.), *Dictionnaire OHADA*, Ohadata D-05-33.

BOSSA (G.), GABIAM (P.E.), NZOUABETH (D.), *L'entreprise et le droit*, JURISCOPE, 2007.

BOYER (A.), *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, PU Aix-Marseille, 2006.

BRICARD (A.) et alii, *Accompagner le chef d'entreprise en difficulté : de la prévention au rebond*, coll. Affaires-Finances, éd. Litec 2006, Paris.

CABRILLAC (M.) et alii, *Droit des sûretés*, Litec, 8e éd. 2007.

CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES, *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Montchrestien, 1998.

CHABAS (F.), *Sûretés. Publicité foncière*, 6^e éd., n° 145.

COLLIN (G.), GUILLERAT (J.C.) et MOUNIER (B.), *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, 7^e éd. revue et augmentée, PUF.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadriga / PUF, 2000.

COUCHEZ (G.), *Voies d'exécution*, 7^e éd., A. Colin.

COULON (H.), *La liquidation judiciaire et la faillite (Commentaire de la loi du 4 mars 1889)*, Paris, Marchal et Billard, 1890.

DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., D.1991.

DERRIDA (F.) et alii, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 12/1997.

DERRIDA (F.), *Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures collectives de redressement ou de liquidation judiciaires*, Mélanges Barthélemy MERCADAL.

DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en difficulté*, tome 4, PUF, coll. Thémis droit privé, 2^e éd., 1999.

DOUMBE-BILLE (S.), *A propos de la nature de l'OHADA*, Mélanges offerts à Majid BENCHIKH, éd. Pedone.

ELA (J.M.), *La ville en Afrique noire*, éd. Karthala, Paris.

FATJAT (G.), *Droit économique*, PUF, Thémis, 1971.

FROEHLICH (Ph.) et SENECHAL (M.), [sous la direction de F.-X. LUCAS et H. LECUYER], *La réforme des procédures collectives - La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ 2006.

GOMEZ (J.R.), *OHADA : Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Le Droit en Afrique, BAJAG-MERI.

GOUADAIN (D.) et WADE (E.B.), *Comptabilité Générale, système comptable OHADA*, AUF, éditions ESTEM.

GUICHARD (S.) et MOUSSA (T.), *Droit et pratique des voies d'exécution 2007-2008*, Dalloz Action, 5^e, D. 2007.

GUILLIEN (R.) et alii, *Le lexique des termes juridiques 2010*, 17^e éd., D. 2009.

GUYON (Y.), *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives*, Mélanges J. GHESTIN.

GUYON (Y.) et DERRUPPÉ (J.), *Répertoire de droit commercial*, septembre 1996, Ed. D. 2012.

GUYON (Y.), *Droit des affaires : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 7^e éd., t.2, 1999.

HSD-UREF, *Droit commercial et des sociétés en Afrique*, EDICEF, 1989.

ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, ERSUMA.

ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t.1, ERSUMA.

ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t.2, ERSUMA.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., 2011.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, D. 2006.

JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ, 02 juillet 1998.

KOUASSI (C.), *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires*, éd. SOCOGEC, Abidjan, coll. Espace entreprise, 1987.

KWEMO (S.), *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, Larcier.

LE CANNU (P.), LUCHEUX (P.) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, GLN Joly, 1995.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives 2012-2013*, Dalloz-Action, 6^e éd., novembre 2011.

LEDUC (A.), *Mondialisation et harmonisation du droit des sûretés*, éditions Thémis, juin 2012.

LEGRAND (P.), *Droit comparé*, « Que sais-je », PUF, 1999.

LIEHNARD (A.), *Procédures collectives*, éd. 4, 2011-2012, Delmas éditions.

LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 7, Paris, Gallimard, Hachette, 1971.

LUCAS (F.-X.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, octobre 2002.

MANDESSI-BELL (E.), *Manuel des procédures collectives*, Normes OHADA, coll. Droit OHADA 1999, FORM'ACTION, Douala.

MARTOR (B.) et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Jurisclasseur Affaires/Finances, Litec, 2004.

ONANA ETOUNDI (F.), *OHADA : Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA (1997-2010)*, coll. « Pratique et Contentieux de Droit des Affaires », éd. spéciale Octobre 2011.

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012.

PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, D.-Sirey, 6^e éd., juin 2009, n° 245.

PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, 1^e éd.

PLANIOU (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, 2^e éd.

POUGOUE (P.-G.), KUATE TAMEGHE (S.S.), *L'entrepreneur OHADA*, PUA, 2013.

POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999.

POUGOUE (P.-G.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy.

REY (A.) et alii, *Le nouveau petit Robert de la langue française 2009*.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, T.2, LGDJ., 12^e éd. 1990.

ROUSSEL-GALLE (Ph.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, 2^e éd., 2007.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des difficultés d'entreprise*, 7^e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, novembre 2011.

SAWADOGO (F.M.), *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Commentaires*, EDICEF, éd. FFA 2000.

SAWADOGO (F.M.), *Commentaire de l'AUPC, OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., JURISCOPE, 2008.

SAWADOGO (F.M.), *Droit des entreprises en difficulté*, collection Droit Uniforme africain, JURISCOPE, Bruxelles, 2002.

SCHLESINGER (R.) et alii, *Comparative law*, 6^e éd. 1998.

SIMLER (Ph.) et DELBECQUE (Ph.), *Précis Dalloz, Les sûretés - La publicité foncière*, 4^e éd. 2004.

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Lexis Nexis.

VALLANSAN (J.), *Difficultés des entreprises*, 4^e éd., 2006, coll. Affaires Finances, Litec.

VOINOT (D.), *Procédures collectives*, Montchrestien, Ed. Lextenso, 2011.

WOOG (J.-C.), WOOG (S.) et SARI (M.-C.), *Stratégie contentieuse du créancier*, 2^e éd., D., 2006.

II- Thèses, mémoires et cours

ABARCHI (A), *Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives, à l'évolution socioéconomique*, thèse de doctorat en Droit Privé, Université d'Orléans, 1990.

ADAMOU (R.), *Droit pénal des affaires au Niger : une construction duale entre droit uniforme et législation nationale*, mémoire de DEA, Université Montesquieu – Bordeaux 4, Ohadata D-05-30.

BENSAUDE (Th.), *La situation des créanciers de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985*, mémoire de DEA, Université Nice Sophia Antipolis, 1995.

BOUITIE (L.), *L'opposition en Droit privé*, thèse de doctorat en Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, décembre 2004.

BRUNET (A.), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse Nancy, 1973.

CASSINI (D.), *Le paiement des créanciers dans le redressement judiciaire*, mémoire de DEA, Université Nice Sophia Antipolis, janvier 1989.

DADIÉ-DOBÉ (Z.M.) épouse YORO, *La continuation de l'activité de l'entreprise dans les procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire de DEA, université d'Abidjan Cocody.

FIDEGNON (J.), *Le règlement des procédures collectives par le tribunal de première instance de première classe de Cotonou*, Mémoire de fin de formation du cycle II, Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature, Université d'ABOMEY-CALAVI, décembre 2011.

FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO, *Le droit des entreprises en difficulté*, 08-12 février 2010, ERSUMA, p.84.

FREUDL (L.), *Les suretés réelles et les privilèges spéciaux doivent-ils être considérés comme un obstacle au redressement des entreprises en difficulté ?* DEA Droit des Affaires, Promotion 2003-2004, Université Robert SCHUMAN – Strasbourg

INGA-WENDE BERNARD SYLVAIN KOROGO (P.), *L'assurance de responsabilité civile du transporteur de marchandises*, Université Catholique de l'Afrique de l'Ouest/Unité universitaire de Bobo-Dioulasso, 2008.

K. MESMIN EULOGE, *Les techniques de prévention des difficultés des entreprises en droit de l'OHADA*, Thèse Nice, 2011.

KAUFMANN-KOHLER (G.) et BUCHER (A.), *Droit International Privé : Contrat International*, fasc.2 ; Université de Genève, mars 2004.

KOSTIC (G.), *L'intuitu personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V, 1997.

KOUNGA (G.J.), *Procédures collectives et voies d'exécution*, Université de Yaoundé II, DEA en Droit des Affaires 2003.

KRAJESKI (D.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse université de Toulouse 1 – Sciences sociales, 1998, Doctorat et notariat, coll. des Thèses, 2001.

- LE CORRE (P.-M.), *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, PU d'Aix-Marseille, 2000.
- LHEURIAU (L.), *Le droit des systèmes financiers décentralisés dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Picardie Jules Verne, 5 juillet 2003.
- MANSOR DIOP (E.H.), *L'Encadrement Juridique des Systèmes Financiers Décentralisés dans l'U.E.M.O.A*, Gaston BERGER de Saint- Louis du Sénégal - Maitrise de Droit De L'Entreprise 2008.
- MERLO (S.), *L'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)*, mémoire DEA, IDPD, Université de Nice Sophia Antipolis, 1998.
- MONKAM (C.), *La condition juridique du salarié dans les procédures collectives*, Université de Douala – DEA, 2005.
- MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994.
- NGOUA BECKUI (S.), *Le risque bancaire et le financement des entreprises en Afrique : Le cas du Gabon*, Thèse Université de Nice 2006.
- NGOUMTSA ANOU (G.), *Droit OHADA et conflit des lois*, Thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3, novembre 2009.
- PENDA DISSAK (J.), *Le crédit-bail dans l'espace OHADA*, Université de Douala - Master II professionnel juriste conseil d'entreprise 2008.
- PETEL (I.), *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier, 1984.
- PICQ (M.), *La distinction des contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive*, thèse Grenoble II, 1994.
- PUTMAN (E.), *La formation des créances*, Thèse Aix-Marseille III, 1987.
- ROUSSEL-GALLE (Ph.), *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Dijon, 1997.
- SAGNA (C.A.), *L'impact des Systèmes Financiers Décentralisés sur l'Economie du Sénégal*, Université Chéikh Anta Diop - Master 1 (Maitrise) 2005.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La situation des créanciers postérieures à l'ouverture de la procédure*, in « les annales de l'université de Toulouse », T., XXX. IV, 1986.

SAKHO (D.), *Les garanties-propriétés*, Université Gaston Berger de Saint-Louis - Maîtrise es sciences juridiques 2007.

SEID ALGADI (A.), *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, thèse de doctorat en Droit privé, université Toulouse I et Yaoundé II, juillet 2009.

SESSION DE FORMATION DES FORMATEURS, HUISSIERS ET GREFFIERS, *Module 1, communication de Maître Moussa SARR sur les Procédures collectives d'apurement du passif*, ERSUMA.

STASI (A.), *Les créanciers postérieurs confrontés au redressement en droit français et en droit italien*, thèse de doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

TAIROU YAFRADOU (A.), *La prise en compte des préoccupations environnementales par le droit de l'entreprise dans l'espace OHADA*, thèse, Université Nice Sophia Antipolis, 05 juillet 2010.

THERA (F.), *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat en Droit des affaires, Université Jean Moulin-Lyon3, 6 décembre 2010.

TOE (S.), *Approche critique de l'application judiciaire du droit des Procédures Collectives dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat en Droit. Perpignan : Université Via Domitia, 2010.

YAMEOGO (S.), *Le contrôle des armes légères et de petit calibre en Afrique de l'ouest*, Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement (IHEID) - Master en Etudes du Développement 2009.

III- Articles, communications et chroniques

Actes du colloque sur le droit communautaire en Afrique, « *De la concurrence à la cohabitation des droits communautaires* », ERSUMA, du 24 au 26 janvier 2011, Cotonou (Bénin), 1^e éd. novembre 2011.

ADJITA (A.W.), *Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA)*, Penant n°844.

ALGABID (H.), *Discours d'ouverture de la table ronde sur le secteur informel*, Niamey du 14 au 17 juin 1988.

ANDRÉ (M.-E.), *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels*, Mélanges M. CABRILLAC, 1999, Litec, p. 23.

ANONYMOUS, *Eléments de droit coutumier Bassa*, Abbia: revue culturelle camerounaise, Cameroun, 1963.

ASSOCIATION DROIT & COMMERCE, *Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire*, Revue jurisprudence commerciale 1992.

ASSOGBAVI (K.), *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant janvier-avril 2000, n°832, p.55 et s.

AZOULAI, *L'élimination de l'intuitu personae dans le contrat*, in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », LGDJ, 1960.

BARAT (F.), *La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, RDBF n° 2, Mars 2010, dossier 13.

BARRE (R.) et SCHAEFFER (D.), *Droit des entreprises en difficultés, Actes du congrès de l'institut international des droits d'expression et d'inspiration françaises*, Gabon, Bruylant 1991, Bruxelles.

BARTHELEMY (P.), *Le secteur informel dans les pays en développement*, Revue Région et Développement, n°7-1998.

BB-LAY, *L'informel et la législation relative aux risques professionnels au Sénégal*, Penant 868.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Contrats Distribution, Extinction du contrat*, J.-Cl. fasc. 175 et 176.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive*, LPA, 09 novembre 2004.

BERGONZI (D.), *Le transport aérien en Afrique*, 20 mars 2006, Premier African Airlines forum du 6 et 7 Avril 2006.

BLANC (G.), *La levée d'une promesse de vente au cours de la période d'observation fait naître une créance de prix privilégiée*, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2009, comm. 87.

- BOCCARA (B.), *Procédures collectives et contrats en cours*, JCP E 1994.
- BONNEAU (Th.), *La durée dans les contrats*, J.-Cl. Contrats Distribution, fasc. 70.
- BOODMAN (M.), *The Myth of Harmonization of Laws*, 39 Am. J. Comp. L. 699, 700-702, 1991.
- BOUGOUMA (J.) et SAWADOGO (F.M.), *Communication sur l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, session de formation des formateurs magistrats, 18 mai-30 mai 2001, module II, ERSUMA.
- BOULAY (J.-C.), *Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance*, RTD com., 1990.
- BOUSTANI (D.), *La conservation du privilège des créanciers postérieurs*, LPA, 11 février 2011, n° 30, p. 15.
- BOUTELLIER (P.) et RIBAY (F.), fasc. 2340, J.cl. com.
- BRIERE DE L'ISLE, *La notion de contrat successif*, D. 1957, chr. 156.
- BROU (K.-M.), *La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du Traité OHADA*, Revue de la recherche juridique, coll. « Droit prospectif », 2001-1, p.273.
- BRUNETTI-PONS (C.), *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD Com. 2000 p. 783.
- CABRILLAC (M.), *L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application*, Banque 1986.
- CABRILLAC (M.), *L'article 40 de la loi nouvelle et les nouveaux privilèges de procédure*, Rev. proc. coll. 1986, n°11 p.13 s.
- CABRILLAC (M.), *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, Mélanges BRETON DERRIDA, D. 1991, p.31.
- CAGNOLI (P.), *Droits propres du débiteur et réalisation d'actif*, Rev. proc. coll. n° 3.
- CAGNOLI (P.), *L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives ?*, LPA 24 juin 2010, n°125, p.37.
- CALENDINI (J.-M.), *Les crédits consentis après l'ouverture du redressement judiciaire*, Banque et Droit 1990.

- CALENDINI (J.-M.), *Redressement et liquidation judiciaires, situation des créanciers, compensation*, fasc. 2372, J.cl. com.
- CAMPANA (M.-J.), *De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant*, Banque 1986. 952.
- CAMPANA (M.-J.), *La résiliation de plein droit des contrats en cours*, LPA 8 juillet 1996, p. 10.
- CAMPANA (M.-J.), *Les droits des créanciers*, « article 40 » de la loi du 25 janvier 1985, LPA 18 mai 1992, n°60, p.18.
- CAMPANA (M.-J.), *Les effets de la poursuite des contrats en cours*, RJ com. 1992. 55.
- CESARO (J.-F.), *Entreprises en difficulté : les salariés*, Rep. com. Dalloz.
- CHENDEB (R.), *Les créances alimentaires et les procédures collectives*, Rev. proc. coll. n° 4, Juillet 2009, étude 21.
- COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession a-t-il changé ?*, Rev. Proc. Coll. 2006/2, p. 188 s., sp., p. 190, n°15 et n°16 ;
- COURTIER (J.L.), *Les problèmes posés par le droit de poursuite individuelle des créanciers de l'article 40*, la revue des huissiers de justice, 1^{er} janvier 2000, n°1.
- CROCQ (P.), *L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés*, Rev. proc. coll.n° 1, Janvier 2009, dossier 10.
- CROCQ (P.), *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés*, Dr. et patr. janv. 2005, p. 43, spéc. p. 45.
- D'HOLLANDER (J.), *La qualification juridique des Swaps en droit civil québécois*, R.J.T. n°30, p.69, 1996.
- DAMMANN (R.), *La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises*, Banque et droit sept.-oct. 2005, p. 16.
- DARROUSEZ, *La poursuite des contrats en cours, l'option de l'administrateur judiciaire*, RJ com., n° spécial, novembre 1992, p. 20.
- DATI (R.), Garde des Sceaux, ministre de la justice, *Discours au congrès national de la conférence générale des juges consulaires de France*, Avignon, le 21 novembre 2008.

DE GUILLENCHMIDT (J.), *Une priorité de paiement pour les clients des sociétés de bourse en Redressement judiciaire ?* Gaz. Pal. 1991, p.784.

DEHARVENG (J.), *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives*, D. 2006, p. 1047.

DELATTRE (Ch.), *La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ?*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2012, alerte 25.

DELATTRE (Ch.), *La période d'observation n'est pas indéfinie mais limitée dans le temps*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2011, étude 6.

DELATTRE (Ch.), *Prévention : amélioration de la conciliation*, Rev.proc. coll. n° 1, Janvier 2009, dossier 3.

DELEBECQUE (Ph.) et SIMLER (Ph.), *Privilège général immobilier des frais de justice*, Rev. dr. Imm. 1996, p. 258.

DELPECH (X.), *Dette libellée en monnaie étrangère : date de conversion en euros*, Actualité jurisprudentielle, p. 1478 note à propos de 1ère Civ. - 20 mai 2009.

DELPECH (X.), *Opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur de bonne foi*, D. n°34, 8 octobre 2009, p. 2275-2276.

DERRIDA (F.), *Fait générateur des créances prioritaires de charges sociales*, D. 1993, p. 7.

DERRIDA (F.), *La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives*, D.1980, Chr. 293.

DERRIDA (F.), *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire*, RJDA 1993. 399.

DERRIDA (F.), *Le financement de l'entreprise*, in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », éd. Sirey, tome 1, Paris, 1988.

DERRIDA (F.), *Le financement de l'entreprise*, R.T.D. Com., 1986, n° spécial, p. 64.

DERRIDA (F.), *Le superprivilège des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens*, D. 1973, Chr. 59.

DERRIDA (F.), *Redressement et liquidation judiciaires : Feue la masse des créanciers...Vive « la collectivité des créanciers » !* LPA 28 novembre 1997, n°143, p.29.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droits des créanciers d'aliments*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2009, comm. 57.

DYMANT (M.) et LE CORRE (P.-M.), *Les créanciers de l'article 40 : aux ordres du starter !* JCP E 2000, p.884.

FILIOL DE RAIMOND (M.), *Clause de réserve de propriété, revente et revendication*, RLDA n°41, août-septembre 2009, Actualités, n°2468, p. 34-35.

FOKO (A.), *Analyse critique de quelques aspects du Droit pénal OHADA*, Penant, n°859.

FOULON-PIGANIOL, *Modernisation et conservation de la chose*, D. 1966, Chron. p. 143 ;

FROEHLICH (Ph.), *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2878.

GALVADA (C.), *Une utile précision sur le régime de la résiliation des contrats de crédit en cas de redressement judiciaire du client bénéficiaire*, Revue droit bancaire et bourse, novembre-décembre 1993, p.228.

GREAU (F.), *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 12 juin 2008.

GUY (N.), HABOU (M.) et MOUCHE (D.M.), *Le système traditionnel du crédit dans la région de Maradi : enquête socio-économique du pays haoussa oriental*, CNRSH.

HAIM (V), *De l'opposition à la contrainte au contentieux de l'obligation de payer. - Un anachronisme peut-il rester sans incidence sur la solution d'un litige ?* Droit fiscal n° 52, 27 Décembre 1995, 100103.

HANNOUN (C.), *Redressement et liquidation judiciaires, groupes de sociétés et procédures collectives*, fasc. 3190, J.cl. com.

HENRY (L.-C.), *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2008, étude 15, p.20.

HOUIN (R.), *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, D.1980, Chr. 293.

HOUTCIEFF (D.), *Contribution à l'étude de l'intuitu personae. Remarques sur la considération de la personne du créancier*, RTD Civ., 2003, n° 1, p. 3.

INFOREG, *Service d'information réglementaire aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Comment utiliser la procédure de conciliation ?* Cah. dr. entrepr. n° 2, mars 2009, prat. 6.

ISSA-SAYEGH (J.) et KAUFFMAN, *L'intégration juridique des Etats africains de la zone Franc*, Penant 1997, n°824, p.125 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), *Le classement des sûretés. La distribution du prix des biens du débiteur entre ses créanciers en droit sénégalais*, Rev. EDJA, n°14, p. 3 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), *Présentation générale de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant 1998, n°827, p.204 et s.

ISSA-SAYEGH (J.), *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, Rev. Dr. Uniforme n°5 ,1999.

JALUZOT (B.), *Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective*, RIDC 2005, n°1, p.29.

JAZOTTES (G.), *Les créanciers de l'article 40*, in « Entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000 », LPA n°sp. 6 septembre 2000, n°178, p.136.

JAZOTTES (G.), *Les créanciers de l'article 40*, LPA 6 sept. 2000, p. 36.

JOURDAIN (P.), *La date de naissance de la créance d'indemnisation*, LPA 9 nov. 2004, p. 49.

KAMDEM FETZE (I.), *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*, 43 R.J.T. 605, 2009.

KOMLAN (A.), *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Penant, 2000, n° 832, p. 55.

LAGARDE (B.), *Le Trésor public : un créancier comme les autres*, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, n°sp., p.28.

LAITHIER (Y.-M.), *Le droit comparé et l'efficacité économique*, « L'analyse économique du droit et la compétition des droits », Revue de droit HENRI CAPITANT, n°1, octobre.

LAUDE (A.), *La non-continuation des contrats dans les procédures collectives*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, PU Aix-Marseille, p. 110.

LAUDE (A.), *Notion de contrat en cours - contrat de vente comportant une clause retardant le transfert de propriété jusqu'au paiement intégral du prix*, *Rev. proc. coll.*, 2000, n°3, 100.

LAURENT (J.), *Les tribunaux de commerce plus sollicités en raison de la crise économique*, l'année économique et sociale 2008, Dossier n°154.

LAURENT (N.) et ASSANT (O.), *Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. - La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ?* *Sem. Jur.* n° 26, 25 Juin 2008, I 157.

LE CORRE (P.-M.), *Entreprises en difficulté, Atelier no 1 : nature et régime des créances postérieures*, *LPA*, 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

LE CORRE (P.-M.), *Entreprises en difficulté, La taxe foncière, une créance postérieure méritante ?* *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2010 n° 289, p. 12.

LE CORRE (P.-M.), *La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le superprivilège des salaires sur les premières rentrées de fonds*, *Rev. proc. coll.* n° 1, Janvier 2012, dossier 10, n°4.

LE CORRE (P.-M.), *La taxe foncière, une créance postérieure méritante*, *Gaz. Pal. éd. Sp. Droit des entreprises en difficulté* 15 et 16 octobre 2010, p.12.

LE CORRE (P.-M.), *Le nouvel article 40 de la loi du 25 janvier 1985*, fasc. 2238, n°29.

LE CORRE (P.-M.), *Le paiement du créancier postérieur méritant confronté au superprivilège des salaires, en cas de vente d'un bien grevé de sûreté en période d'observation ;* *Sem. jur. E* n° 38, 17 Septembre 2009, 1877.

LE CORRE (P.-M.), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005*, *D.* 2005, p. 2297.

LE CORRE-BROLY (E.), *La déclaration de créance du bailleur financier et du crédit-bailleur*, *Gaz. Pal.* 30 avr. 2005, p. 14.

LE GRAND (M.N.), *Les pouvoirs du débiteur dessaisi*, *Rev. proc. coll.* 1991, p.11.

LEBEL (C.), *Privilège du nouvel apport en trésorerie : rappel des conditions légales à l'occasion de l'homologation de l'accord de conciliation*, Sem. Jur. n° 40, 7 octobre 2010, 1875.

LEBEL (Ch.), *EIRL : adaptation des règles gouvernant le déroulement de la procédure*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 19.

LEBEL (Ch.), *Le maintien de l'activité de l'entreprise, finalité du plan de redressement*, Droit rural n° 392, Avril 2011, comm. 58.

LEBEL (Ch.), *L'issue de la période d'observation : continuation ou cession de l'entreprise ?* Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2011, alerte 24.

LEGEAIS (D.), *La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.57.

LEGRAND, *L'EIRL : regain d'intérêt après l'abrogation de l'action en réunion à l'actif ?* D. 2012, p. 375.

LEGUEVAQUES (C.), *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux*, Gaz. Pal. 4-6 Août 2002, p.2.

LEGUEVAQUES (Ch.), *Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègement des devoirs ?* LPA 17 février 2006.

Les procédures collectives et les droits des salariés, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2011, entretien 3.

LIENHARD (A.), *Clause de réserve de propriété - revendication du prix de revente*, D., n°26, 9 juillet 2009, AJ, p. 1752 à 1754.

LIENHARD (A.), *Clause de réserve de propriété : relation d'affaires entre les parties*, D. n°7, 16 février 2012, Actualité/droit des affaires, p. 432.

LIENHARD (A.), *Créance prioritaire : sort des frais de justice avant la loi de 2005*, D. 2010, p. 2223.

LIENHARD (A.), *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, Études offertes au Doyen Ph. SIMLER : Dalloz-Litec 2006, p. 475, spéc. p. 485.

LIENHARD (A.), *Redressement judiciaire : clause de déchéance du terme*, D. 2012 p. 607.

LIENHARD (A.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, D. 2009, p. 110, spéc. p. 113.

LISANTI (C.), Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2012, comm. 112.

M'BAYE (K.), *L'unification du droit en Afrique*, RSD, 1971, n°10, p.65 et s.

MACORIG-VENIER (F.) et CAVIGLIOLI (C.), *Le point sur la conciliation*, Rev. proc. coll. n° 2, avril 2008, dossier 2, Dossier - Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde.

MACORIG-VENIER (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. n° 1, Janvier 2009, dossier 9.

MACORIG-VENIER (F.), *EIRL : les créanciers de l'EIRL en difficulté*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 20.

MACORIG-VENIER (F.), *Le superprivilège : précisions sur son domaine et sa – fragile – primauté*, Bull. Joly Entr. En Diff., 01 mars 2011, n° 1.

MAKANDA (L.-N.), *La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais*, Penant janvier-avril 2001, n°835.

MARTIN-SERF (A.), *Les contrats en cours avant l'option de l'administrateur*, RJ com., n°sp., novembre 1992, p. 9.

MASAMBA (R.), *L'applicabilité du droit des affaires au secteur informel*, Penant mai-septembre 1993, n°812.

MASTRULLO (Th.), *Garantie des créances salariales : organisme compétent*, Rev. proc. coll. n° 6, Novembre 2009, comm. 148.

MBOCK BIUMLA (J.-M.), *Le règlement préventif sous l'OHADA : La problématique de la notion des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites*, RTDJA, ch. 2.

MDONTSA FONE (A.-M.), *A propos de l'extension de la compétence pénale OHADA*, Revue Africaine des Sciences Juridiques, vol.5, n°1, 2008.

MENJUCQ (M.), *Le mandataire de justice en Europe. Droit comparé et règlement insolvabilité*, Rev. proc. coll., n°6, Novembre-Décembre 2012, p.93.

MENJUCQ (M.), *Modification du règlement insolvabilité : dernière étape avant l'harmonisation des droits nationaux des procédures collectives ?* Rev. proc. coll. n°1, janvier-février 2013.

MENJUCQ (M.), *Une rentrée de crise...*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2012, repère 5.

MESTRE (J.), *De l'effet translatif de la subrogation personnelle*, RTD Civ. 1994, p. 358.

MÉTÉYÉ (Th.), *L'intervention de l'AGS dans les procédures de sauvegarde*, Gaz. Proc. Coll. 2006/3, p. 5, n° 12.

MÉTÉYÉ (Th.), *La place de l'AGS dans les procédures collectives. - Quelques questions à...*, Rev. proc. coll. n° 3, Juillet 2008, entretien 1.

MEYER (P.), *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, Penant n° 855, p. 151.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), *L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et du droit de l'OHADA (étude comparée)*, RTDJA, chr. 3, p. 32-35.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), *Une préoccupation africaine : la sécurisation de l'engagement bancaire en droit OHADA*, communication au colloque du 2 décembre 2004.

MONÉGER (J.), *Le droit français relatif à l'activité entrepreneuriale occulte*, intervention au colloque international de Nouakchott du 8-11 décembre 1988 sur les pratiques informelles comparées : Les fondements de la non légalité.

MONSERIE-BON (M.-H.), *Aperçu sur le Droit Japonais des Procédures Collectives*, Osaka University Law Review, n°59, February 2012, p.27-36.

MONTÉРАН (Th.) et BOURGOIN (Y.), *Redressement judiciaire*, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, Gaz. Pal., 29 juillet 2008.

MONTÉРАН (Th.), *Observations sur l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal. 10-11 déc. 2003, p. 2.

MONTÉРАН (Th.), *Rapport d'étape sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. pal. 29-30 avril 2005, 2^e coll., p. 7.

MORVAN (P.), *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E 25005-42, 1511.

NGUIHE KANTE (P.), *Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant janvier-avril 2002, n°838, p.5 et s.

OUTIN-ADAM (A.) et BIENVENU (S.), *Sauvegarde des entreprises : Le point de vue de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)*, Sem. jur. Entr. Aff. n° 42, 20 Octobre 2005, 1516.

PEROCHON (F.), *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, Gaz. Proc. Coll., n°sp., 7-8 septembre 2005, p. 57.

PEROCHON (F.), *Le sort des créanciers antérieurs*, colloque CRAJEFE du 27 mars 2004, LPA 10 juin 2004, p. 17, n° 20.

PEROCHON (F.), *Le sort des créanciers postérieurs*, LPA 10 juin 2004, n° 116, p. 16.

PEROCHON (F.), *Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles*, D.2009, 662, n°37.

PEROCHON (F.), *Les patrimoines de l'EIRL*, Rev. proc. coll. 2011, dossier 13, spéc. n° 6.

PEROCHON (F.), *Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives*, LPA, 11 février 2011 n° 30, p. 49.

PETEL (Ph.) et BRENAC (J.-L.), *Les créances de procédures*, Rev. proc. coll. n° 2, Avril 2008, dossier 7, n°6.

PETEL (Ph.), *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, LPA 18 mai 1992, n°60, p.17.

PETEL (Ph.), *L'AGS et la réforme des procédures collectives*, RJ com. 2006/3, p. 182, n°21.

PETEL (Ph.), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005, n° 42, p. 1730

PETEL (Ph.), *Les créanciers postérieurs*, Rev. proc. coll. 2006/2, n°15, p.144.

PIEDELIEVRE (S.), *Un syndic peut-il obtenir le paiement par priorité de ses frais de liquidation des biens dès lors qu'ils n'ont pas été utiles à la conservation et à la réalisation d'un immeuble saisi ?* D. 1996, p. 389.

PIZZIO-DELAPORTE (C.), *L'action paulienne dans les procédures collectives*, RTD com. 1995, p.715.

POCANAM (M.), *Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo*, Penant mai-septembre 1993, n°812, p.189.

POHE (D.), fasc. 2715 [*Règlement des créanciers*].

POLLAND-DULIAN (F.), *Le principe d'égalité dans les procédures collectives*, JCP 1998, 138, p.969.

PRIGENT (S.), *Privilège du bailleur d'immeuble - conflit avec une clause de réserve de propriété*, D., n°28, 30 juillet 2009, AJ, p. 1888.

RAMACKERS (M.), *Le superprivilège des salariés, la subrogation de l'AGS et le redressement judiciaire : du mythe à la réalité ?* D. 1989.Chron.301.

REGNAUT-MOUTIER (C.), *EIRL : adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut »*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 18.

REILLE (F.), *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus*, Gaz. Pal. 6-7 mars 2009, p.38, n°11 s.

REVUE DE L'ERSUMA, *Droit des affaires, Pratique professionnelle*, numéro spécial, novembre-décembre 2011.

REVUE DE L'ERSUMA, *Droit des affaires, Pratique professionnelle*, n°1, juin 2012.

ROCHFELD (J.), *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 et s.

ROUCOLLE (E.), *Histoire du droit de la faillite en France : Une approche des représentations de la défaillance*, Xième Conférence de l'Association Internationale de management Stratégique, 13-14-15 juin 2001, Faculté des Sciences de l'administration, Université Laval, Québec.

ROUSSEL-GALLE (Ph.), *Les privilèges de procédure*, Cah. dr. entrepr. n° 4, Juillet 2009, dossier 24.

ROUSSILLE (M.), *3 QUESTIONS Le logement à l'abri de la liquidation judiciaire*, la Sem. jur. Entr. et Aff.n° 27, 7 juillet 2011, act. 356.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Classement des créanciers : frais de justice*, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2009, comm. 124.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Créances de cotisations sociales*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 49.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Échéances d'un prêt*, Rev.proc. coll. n° 2, Mars 2012, comm. 44.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, LPA, 09 novembre 2004, n°224, p.12.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11, n° 14.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, intervention colloque CEDAG Paris V, 25 mars 2004, LPA 9 novembre 2004.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise*, Rev. proc. coll. 1991, p.129.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions à « haut risque »*, Mélanges A. HONORAT, 2000, Frison-Roche, p. 193.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Remboursement prioritaire des avances de salaires faites par l'AGS*, D. 1991, p. 490.

SAINT-CAST (F.), *Impact de la crise sur les entreprises*, site Internet des Echos, 29 janvier 2012.

SAINTOURENS (B.), *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée - Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010*, Rev. sociétés 2010, p. 351 et s., spéc. n° 53.

SAWADOGO (F.M.), *L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso*, Rev. Jur. Pol. Ind. et Coop., mai-septembre 1995, p.201.

SCHMIDT (D.), *La poursuite dans les contrats en cours dans le redressement judiciaire*, Revue Jurisprudence commerciale 1991, p.381.

SCHMIDT (D.), *Le financement de l'entreprise pendant la période d'observation*, numéro spécial, Revue jurisprudence commerciale 1992.

SÉCHER (J.-F.), *Les contrats de swap à l'épreuve des procédures collectives*, Cah.dr.'entr. n° 4, Juillet 2011, dossier 23.

SLIM (H.), *La responsabilité professionnelle des administrateurs et liquidateurs judiciaires*, Litec, 2002, p. 4 et s.

SOUWEINE (C.), *Séquestre du prix de la vente d'un fonds de commerce et procédures de redressement ou de liquidation judiciaires*, RTD Com. 2004, p.647.

TANCELIN (M.), *Priorité d'un privilège sur une hypothèque assortie d'une clause de dation en paiement*. Nineteehundred Tower Ltd. v. Cassioni [1967] B. R. 787, Les Cahiers de droit, vol.9, n°2, 1967-1968, p.287-292.

THUILLIER, *Réflexions sur la notion de conservation dans le privilège du conservateur*, JCP 1968, I, n° 2167.

TIGER (Ph.), *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé OHADA*, communication à la journée de l'Association Henri CAPITANT du 22 novembre 2002, LPA.

TINGIRI (K.L.), *Le poids du secteur informel dans l'économie nationale*, in L'opérateur économique (mensuel nigérien d'information économique), n°1, juin 1987, p.38.

TORCK (S.), *La date de naissance des créances en droit civil*, LPA 9 nov. 2004, p. 25.

TREBULLE (F.-G.), *Entreprise et développement durable*, JCP E 2006, 1257, n°28, p.318.

VALLANSAN (J.), Act. Proc. Coll.; 3 octobre 1993, n° 196.

VALLANSAN (J.), *Déclaration et admission des créances*, J.cl. com., fasc. 2352, , éd. 2007, n°69.

VALLANSAN (J.), *EIRL et déclaration d'insaisissabilité : ou « l'entrepreneur barricadé »*, Rev. proc. coll. n° 2, Mars 2011, dossier 22.

VALLANSAN (J.), *Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affecté soumise à une procédure collective*, JCP E 2010, 1083, n° 19.

VALLENS (J.-L.), *Tourisme judiciaire et insolvabilité : les risques du forum shopping*, Rev. proc. coll., n° 4, Juillet 2012, étude 21.

VALLENSAN (J.), *Le créancier oublié*, Revue Jurisprudence commerciale 2000, p.50.

VINCKEL (F.), *Le droit au remboursement du compte courant d'associé, à l'aune du droit des entreprises en difficulté*, Droit des sociétés n° 2, Février 2011, étude 3.

VOINOT (D.), *La nouvelle procédure de sauvegarde*, Gaz. Pal., 7-8 septembre 2005, n°40, p.34.

VOINOT (D.), *Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale*, RTD com. juill-sept. 2001, p. 581 et s.

WITZ (C.), *Privilèges, Droit de gage général*, juris-class. Civ., art.2092 à 2094, fasc. 80, 1997.

IV- Avis, recommandations et rapports

CHARTIER (J.), *Avis n° 2099*, AN, 15 février 2005.

DE ROUX (X.), *Rapp. AN n° 3651, rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, 31 janv. 2007.

DE ROUX (X.), *Rapport*, n°2095.

FEVILIYE (I.), *Le rapport Doing Business 2010 : Le rapport Doing Business de la Banque Mondiale sur l'environnement des affaires : « Reforme en période difficile »*, RCDA octobre-décembre 2009.

GAUDIN (Ch.), *avis n°337*, Doc. Sénat, au nom de la commission des affaires économiques.

HYEST (J.-J.), *débat Sénat, séance 30 juin 2005* : JO Sénat CR, 30-1er juill. 2005.

HYEST (J.-J.), *Rapport N°335*, Sénat, Session ordinaire de 2004-2005.

IFFOOC 1999, *recommandation n°6020-2*, p.147.

IFPPC, *Manuel théorique et pratique à l'usage des juges-commissaires, Conseil national des greffiers et des tribunaux de commerce & Caisse des dépôts*, p.22.

KLING (D.), *Observations de la CCIP sur le projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur du droit des entreprises en difficulté*, Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté au Bureau du 22 mai 2008.

LEVY BRUHL (H.), *Rapport aux travaux du 4^e colloque des facultés de droit et sciences économiques*, Droit-Economie-Sociologie, annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse, Paris, D.1959.

Rapport au président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre, Titre I, chap. II-5, article 29.

SAMB (M.) et alii, *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal*, Rapport final, Trustafrica, ERSUMA, juillet 2012.

SENAT, *Avis de la commission des finances du Sénat* : Doc. Sénat n° 355, 2005.

THYRAUD, *Rapp. Sénat*, Doc. Adm. n°332.

V- Références électroniques

AFRIQUE : Histoire-Economie-Politique (1998-2001), L'économie africaine en 1998 : <http://afriquepluriel.ruwenzori.net/economie-a.htm>.

B. MEUKE, Brèves observations sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA :

<http://meuke.blogspot.fr/2008/11/breves-observations-sur-le-sort-du-bail.html>

B. MEUKE, Le nouveau droit du gage en OHADA, 24/06/11 :

<http://meuke.blogspot.fr/2011/06/le-nouveau-droit-du-gage-en-ohada.html>.

Dictionnaire de Droit privé de S. BRAUDO :

<http://www.dictionnaire-juridique.com/>

Dictionnaire Larousse :

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/poursuite/63144/locution>.

Interview de D. MPOUKI MOUSSOUKI, greffier au tribunal de commerce de Paris, par C.FEVILIYE :

[www.brazzaville-adiac.com: http://www.brazzaville-adiac.com/index.php?action=depeche&dep_id=48315&cat_id=4&oldaction=home®_pay_id=0](http://www.brazzaville-adiac.com/index.php?action=depeche&dep_id=48315&cat_id=4&oldaction=home®_pay_id=0)

P.-M. LE CORRE, *Du fait générateur de la créance de remboursement détenue par la caution*, 08/01/2009, www.lexbase.fr; N°LXB : N2336AB7.

Site sécurité sociale française :

www.securite-social.fr/Montants-du-plafond-de-la-Securite-Sociale-pour-2013.

Sites OHADA :

<http://www.ohada.com>;

<http://www.ohada.org>;

<http://www.sire-ohada.com/>

VI- Conventions internationales, textes législatifs et réglementaires

Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale des marchandises.

Décret du 29 mai 1989.

Décret n° 2010-1709, 29 décembre 2010 : Journal Officiel 31 Décembre 2010.

Loi d'habilitation n° 2008-776, 4 août 2008, art. 74 I, 8°.

Loi n°015/2002 du 16 octobre portant Code du travail de la RDC.

Loi n°028-2008/AN portant Code du travail du Burkina Faso.

Loi n°3/94 du 21 novembre 1994 modifiée portant Code du travail du Gabon.

Loi n°92-007 du 14 août 1992 portant Code du travail du Cameroun.

Règlement n° 15/2002/CM/ UEMOA du 19 septembre 2002 relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA.

VII- Références numériques

LEONE (S.), *Et pour quelques dollars de plus*, 30 septembre 1965, Italie/Espagne/Allemagne de l'Ouest, 126 mn. (VCD).

SAWADOGO (F.M.), *Les procédures collectives en droit OHADA*, Cycle « L'essentiel du droit uniforme africain », JURISCOPE, 30 janvier 2012. (DVD).

ANNEXES



- **Bénin**
- **Burkina-Faso**
- **Cameroun**
- **Centrafrique**
- **Côte d'Ivoire**
- **Congo**
- **Comores**
- **Gabon**
- **Guinée**
- **Guinée-Bissau**
- **Guinée-Équatoriale**
- **Mali**
- **Niger**
- **RD Congo**
- **Sénégal**
- **Tchad**
- **Togo**



Annexe I - CARTOGRAPHIE DES PAYS MEMBRES DE L'OHADA (Source : <http://www.ohada.org>)

Annexe II- ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Adopté le 10/04/1998

TITRE PRELIMINAIRE

Article 1

Le présent Acte uniforme a pour objet :

- d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ;
- de définir les sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice.

Article 2

1. Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise.

2. Le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement.

3. La liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif.

4. Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale

commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements.

Article 3

Le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale.

Cette juridiction est également compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que de celles concernant la faillite personnelle et les autres sanctions, à l'exception de celles qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales et sociales.

Article 4

La juridiction territorialement compétente pour connaître des procédures collectives est celle dans le ressort de laquelle le débiteur a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège ou, à défaut de siège sur le territoire national, son principal établissement. Si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national.

La juridiction du siège ou du principal établissement de la personne morale est également compétente pour prononcer le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des

personnes solidairement responsables du passif de celle-ci.

Toute contestation sur la compétence de la juridiction saisie doit être tranchée par celle-ci dans les quinze jours de sa saisine et, en cas d'appel, dans le délai d'un mois par la juridiction d'appel.

Lorsque sa compétence est contestée en raison du lieu, la juridiction, si elle se déclare compétente, doit statuer aussi sur le fond dans la même décision; celle-ci ne peut être attaquée sur la compétence et sur le fond que par la voie de l'appel.

TITRE I REGLEMENT PREVENTIF

CHAPITRE I OUVERTURE DU REGLEMENT PREVENTIF

Article 8

Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif. L'expert ainsi désigné est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 du présent Acte uniforme.

L'expert est informé de sa mission par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du Président de la juridiction compétente ou du débiteur dans le délai de huit jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles.

Article 9

La décision prévue par l'article 8 suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision.

La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires.

Elle s'applique à tous les créanciers chirographaires et munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créanciers de salaires.

La suspension des poursuites individuelles ne s'applique ni aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles.

Les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de suspension des poursuites elles-mêmes.

CHAPITRE II ORGANES ET EFFETS DU REGLEMENT PREVENTIF

Article 18

L'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision de règlement préventif, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur sans préjudice des dispositions de l'article 15.2 ci-dessus. Il en est de même à l'égard des cautions ayant acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à cette décision.

Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé.

Les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif.

La prescription demeure suspendue à l'égard des créanciers qui, par l'effet du concordat préventif, ne peuvent exercer leurs droits ou actions.

Dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens.

CHAPITRE III VOIES DE RECOURS

Article 22

La décision de suspension des poursuites individuelles prévue par l'article 8 ci-dessus n'est susceptible d'aucune voie de recours.

JUDICIAIRE ET LIQUIDATION DES BIENS

CHAPITRE I OUVERTURE DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

Article 25

Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes.

La déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé.

Article 27

En même temps que la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus ou, au plus tard, dans les quinze jours qui suivent celle-ci, le débiteur doit déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment :

- les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délais et de remises ; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;

- les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions ;

- les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 du présent Acte uniforme ;
- le remplacement de dirigeants.

Article 32

L'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de

liquidation des biens ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente.

Avant la décision d'ouverture d'une procédure collective, le Président de la juridiction compétente peut désigner un juge du siège ou toute personne qu'il estime qualifiée, à charge de dresser et lui remettre un rapport dans un délai qu'il détermine, pour recueillir tous renseignements sur la situation et les agissements du débiteur et la proposition de concordat faite par lui.

La juridiction compétente statue à la première audience utile et, s'il y a lieu, sur le rapport prévu à l'alinéa précédent; elle ne peut rendre sa décision avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de sa saisine, quel que soit le mode de saisine.

La juridiction compétente saisie ne peut inscrire l'affaire au rôle général.

Article 34

La juridiction compétente doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate.

La date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture.

La juridiction compétente peut modifier, dans les limites fixées au précédent alinéa, la date de cessation des paiements par une décision postérieure à la décision d'ouverture.

Aucune demande tendant à faire fixer la date de cessation des paiements à une autre date que celle fixée par la décision d'ouverture ou une décision postérieure, n'est recevable après l'expiration du délai d'opposition prévu à l'article 88 ci-dessus. A partir de ce jour, la date de cessation des paiements demeure irrévocablement fixée.

Article 35

La décision d'ouverture nomme un Juge-commissaire parmi les juges de la juridiction, à l'exclusion de son Président sauf en cas de juge unique. Il désigne le ou les syndics sans que le nombre de ceux-ci puisse excéder trois. Le cas échéant, l'expert désigné pour le règlement préventif d'un débiteur ne peut être désigné comme syndic.

Le greffier adresse immédiatement un extrait de la décision au représentant du Ministère Public. Cet extrait mentionne les principales dispositions de la décision.

Article 37

Les mentions faites au registre du commerce et du crédit mobilier sont adressées, pour insertion, au Journal officiel, dans les quinze jours du prononcé de la décision. Cette insertion contient, d'une part, indication du débiteur ou de la personne morale débitrice, de son domicile ou siège social, de son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, de la date de la décision qui prononce le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et, d'autre part, l'indication des numéros du journal d'annonces légales où ont été publiés les extraits prévus à l'article 36 ci-dessus ; elle indique également le nom et l'adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances et reproduit intégralement les dispositions de l'article 78 du présent Acte uniforme.

L'insertion au Journal officiel est faite, d'office, par le greffier ou, à défaut, le syndic.

Elle est facultative si la publicité dans un journal d'annonces légales a été faite conformément aux dispositions de l'article 36 ci-dessus. Elle est obligatoire dans le cas contraire.

Section I Juge-commissaire

Article 39

Le Juge-commissaire, placé sous l'autorité de la juridiction compétente, veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence.

Il recueille tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il peut, notamment, entendre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne, y compris le conjoint ou les héritiers connus du débiteur décédé en état de cessation des paiements.

Nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, il peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le Juge-commissaire fait rapport à la juridiction compétente de toutes contestations nées de la procédure collective.

La juridiction compétente peut, à tout moment, procéder au remplacement du Juge-commissaire.

Section II Syndic

Article 45

Les deniers éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, sont versés immédiatement à un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor. Dans les huit jours des recettes, le syndic doit justifier lesdits versements au Juge-commissaire. En

cas de retard, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées. Le Juge-commissaire arbitre les sommes nécessaires aux dépenses et frais de la procédure.

Si des fonds dus au débiteur ont été déposés à un compte spécial par des tiers, il en est fait transfert à un compte ouvert par le syndic au nom de la procédure collective, à charge par lui d'obtenir mainlevée des oppositions éventuelles.

Les fonds ainsi versés ne peuvent être retirés qu'en vertu d'une décision du Juge-commissaire.

Section IV Contrôleurs

Article 48

A toute époque, le Juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois.

Toutefois, la nomination de contrôleurs est obligatoire à la demande des créanciers représentant, au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées.

Dans ce cas, le Juge-commissaire désigne trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires.

Aucun parent ou allié du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur.

Les contrôleurs peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur proposition du Juge-commissaire. Après révocation, le Juge-commissaire nomme leurs remplaçants.

Section V Dispositions générales

Article 50

Lorsque les deniers du débiteur ne peuvent suffire immédiatement aux frais de la décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, de signification, d'affiche et d'insertions de cette décision dans les journaux, d'apposition, de garde et de levée des scellés ou d'exercice des actions en déclaration d'inopposabilité, de comblement du passif, d'extension des procédures collectives et de faillite personnelle des dirigeants des personnes morales, l'avance de ces frais est faite, sur décision du Juge-commissaire, par le Trésor public qui en sera remboursé, par privilège, sur les premiers recouvrements.

Cette disposition est applicable à la procédure d'appel de la décision prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

CHAPITRE III EFFETS DE LA DECISION D'OUVERTURE A L'EGARD DU DEBITEUR

Section I Assistance ou dessaisissement du débiteur

Article 52

La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes.

Toutefois, le débiteur peut accomplir, valablement, seul, les actes conservatoires et ceux de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic.

Si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine, le syndic peut y procéder seul, à condition d'y être autorisé par le Juge-commissaire. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et des créances exigibles, de vendre des objets dispendieux à conserver ou soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière.

Si le syndic refuse son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du Juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 ci-dessus.

Article 53

La décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci.

La décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires.

Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens, par le syndic agissant seul en représentation du débiteur.

Si le syndic refuse d'accomplir un acte ou d'exercer un droit ou une action concernant le patrimoine du débiteur,

celui-ci ou les dirigeants de la personne morale ou les contrôleurs s'il en a été nommé, peuvent l'y contraindre par décision du Juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 ci-dessus.

Section II Actes inopposables à la masse des créanciers

Article 67

Sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, telle que définie par l'article 72 ci-après, les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture.

CHAPITRE IV EFFETS DE LA DECISION D'OUVERTURE A L'EGARD DES CREANCIERS

Section I Constitution de la masse et effets suspensifs

Article 72

La décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 ci-dessus.

Article 73

La décision d'ouverture arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière.

Article 74

La décision d'ouverture emporte, au profit de la masse, hypothèque que le greffier est tenu de faire inscrire immédiatement sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions.

Cette hypothèque est inscrite conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière. Elle prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur.

Le syndic veille au respect de cette formalité et, au besoin, l'accomplit lui-même.

Article 75

La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur.

La suspension des poursuites individuelles s'applique également aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque sous réserve des dispositions des articles 134 alinéa 4, 149 et 150 alinéas 3 et 4 ci-dessous.

La suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions en nullité et en résolution.

Les actions tendant uniquement à la reconnaissance de droits ou de créances contestés ou à en fixer le montant sont exercées ou reprises, de plein droit, par les créanciers, après production de leurs créances, si ces droits et créances ont été rejetées définitivement ou admis provisoirement ou partiellement par le Juge-commissaire. Ces actions sont exercées ou reprises contre le débiteur

et le syndic dans les conditions prévues aux articles 52 et 53 ci-dessus.

Les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de suspension des poursuites elles-mêmes.

Les actions et les voies d'exécution non atteintes par la suspension ne peuvent plus être exercées ou poursuivies au cours de la procédure collective qu'à l'encontre du débiteur assisté du syndic en cas de redressement judiciaire ou représenté par le syndic en cas de liquidation des biens.

Article 76

La décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement.

Lorsque ces dettes sont exprimées en monnaies étrangères, elles sont converties en monnaie du lieu où la décision de liquidation des biens a été prononcée, selon le cours du change à la date de cette décision.

Article 77

Quelle que soit la procédure, la décision d'ouverture arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de retard de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté. Toutefois, s'agissant d'intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus, le cours des intérêts se poursuit si la décision a ouvert une procédure de redressement judiciaire.

Section II Production et vérification des créances

Article 78

A partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales prévu par l'article 36 ci-dessus, ou suivant celle faite au journal officiel prévue par l'article 37 ci-dessus, lorsque celle-ci est obligatoire, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic. Ce délai est de soixante jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.

La même obligation est faite au créancier qui, muni d'un titre de créance, a introduit, avant la décision d'ouverture une procédure en condamnation en vertu d'un titre ou, à défaut d'un titre, pour faire reconnaître son droit.

Les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires.

La production interrompt la prescription extinctive de la créance.

Section III Cautions et coobligés

(...)

Section IV Privilège des salariés

Article 95

Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés.

Article 96

Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus.

Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance.

Au cas où lesdites créances sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par la même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle.

Section V Droit de résiliation et privilège du bailleur d'immeuble

(...)

Section VI Droits du conjoint

(...)

Section VII Revendications

Article 101

Les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus.

Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications.

Article 102

Peuvent être revendiqués, s'ils se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être spécialement affectés à des paiements déterminés.

Article 103

Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution. Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas. En cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué, contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur.

Section VIII Droits du vendeur de meubles

(...)

Section IX Exécution des contrats en cours

Article 107

Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat-partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite.

Article 108

Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie.

Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution. Si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse.

Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat.

Article 109

Faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie.

Le cocontractant ne peut compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution. Toutefois, la juridiction

compétente saisie de son action en résolution contre le syndic, peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts.

Section X Continuation de l'activité

Article 112

En cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée sauf décision contraire du Juge-commissaire.

Le syndic doit, à la fin de chaque période fixée par le Juge-commissaire et au moins tous les trois mois, communiquer les résultats de l'exploitation au Juge-commissaire et au représentant du Ministère Public. Il indique, en outre, le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert dans les conditions prévues par l'article 45 ci-dessus.

Le Juge-commissaire peut, à tout moment, mettre un terme à la continuation de l'activité après avoir entendu le syndic qu'il convoque dans les formes et délais laissés à sa convenance.

Il peut également, au besoin, entendre les créanciers et les contrôleurs qui en feraient la demande par une déclaration motivée déposée au greffe qui doit l'en aviser immédiatement. S'il l'estime nécessaire, le Juge-commissaire fait convoquer, par les soins du greffier, ces créanciers et contrôleurs, au plus tard à huitaine par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite. Il procède à leur audition et il est dressé procès verbal de leurs déclarations.

Le Juge-commissaire doit statuer, au plus tard, dans les huit jours de l'audition du syndic, des créanciers et des contrôleurs.

Article 113

En cas de liquidation des biens, la continuation de l'activité ne peut être autorisée par la juridiction compétente que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers.

La juridiction compétente statue sur rapport du syndic communiqué au représentant du Ministère Public.

La continuation de l'exploitation ou de l'activité cesse trois mois après l'autorisation à moins que la juridiction compétente ne la renouvelle une ou plusieurs fois.

Elle prend fin un an après le prononcé de la liquidation des biens sauf décision spécialement motivée de la juridiction compétente pour cause grave, dans des cas exceptionnels.

Le syndic doit, tous les trois mois, communiquer les résultats de l'exploitation au Président de la juridiction compétente et au représentant du Ministère Public. Il indique, en outre, le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert dans les conditions prévues par l'article 45 ci-dessus.

Article 117

Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds.

Section XI Responsabilité des tiers

(...)

CHAPITRE V SOLUTIONS DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

Section I Solution du redressement judiciaire

Sous-section I Formation du concordat de redressement

(...)

Sous-section II Concordat comportant une cession partielle d'actif

Article 131

Lorsque le concordat comporte des offres de cession partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1er ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est d'un mois.

La cession partielle d'actif peut concerner un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles.

La cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

Lorsque la cession partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue par l'article 122 ci-dessus.

Le syndic est chargé de faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées par une décision du Juge-commissaire.

Sous-section III Effets et exécution du concordat

Article 136

Dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux articles 131 à 133 ci-dessus.

Article 138

Lorsqu'il a été désigné un ou plusieurs contrôleurs de l'exécution du concordat, conformément à l'article 128 ci-dessus, ceux-ci doivent, aussitôt, faire rapport sur tout retard ou autre manquement à l'exécution du concordat au Président de la juridiction compétente qui peut ordonner enquête par le syndic qui sera chargé de lui rendre compte.

Lorsque leur mission comporte le paiement des dividendes aux créanciers, les contrôleurs de l'exécution du concordat doivent faire ouvrir, dans une banque, à leur nom et en leur qualité de contrôleur de l'exécution du concordat, un compte de dépôt spécial pour le concordat ou pour chaque concordat, s'ils sont nommés pour plusieurs procédures collectives.

Les contrôleurs communiquent au Président de la juridiction compétente à la fin de chaque semestre civil, la situation des soldes créditeurs qu'ils détiennent au titre des concordats qu'ils contrôlent.

Les contrôleurs doivent, en cette qualité, être titulaires d'une police d'assurance couvrant leur responsabilité civile; ils doivent en justifier auprès du Président de la juridiction compétente.

Sous-section IV Résolution et annulation du concordat préventif ou de redressement

Article 139

La résolution du concordat peut être prononcée :

1° en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis ; toutefois, la juridiction compétente apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers ;

2° lorsque le débiteur est frappé, pour quelque cause que ce soit, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale, sauf si la durée et la nature de cette interdiction sont compatibles avec la poursuite de l'activité de l'entreprise par location-gérance, aux fins, éventuellement, d'une cession d'entreprise dans des conditions satisfaisantes pour l'intérêt collectif ;

3° lorsque, s'agissant d'une personne morale à qui le concordat a été accordé, les dirigeants contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale, assument de nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale ; si l'interdiction frappe les dirigeants en cours d'exécution du concordat, celui-ci est résolu à moins que ces dirigeants ne cessent, en fait, d'exercer les fonctions qu'il leur est interdit de remplir ; toutefois, la juridiction compétente peut accorder un délai raisonnable, qui ne saurait excéder trois mois, pour procéder au remplacement de ces dirigeants.

La juridiction compétente peut être saisie à la requête d'un créancier ou des contrôleurs du concordat; elle peut également se saisir d'office, le débiteur entendu ou dûment appelé.

La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle.

Article 140

Le concordat est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat préventif ou du concordat de redressement.

Cette annulation libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements.

L'action en nullité n'appartient qu'au seul représentant du Ministère Public qui apprécie l'opportunité de l'exercer ou non. Elle ne peut être exercée que dans le délai d'un an suivant la découverte du dol.

La juridiction compétente apprécie souverainement l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du concordat en fonction de l'intérêt collectif des créanciers et des travailleurs.

Sous-section V Survenance d'une seconde procédure collective

Article 144

Les dispositions des articles 141, 142 et 143 ci-dessus sont applicables au cas où un second redressement judiciaire ou une liquidation des biens est prononcée sans qu'il y ait, au préalable, annulation ou résolution du concordat.

Article 145

La juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens si le débiteur ne propose pas de concordat ou ne l'obtient pas ou si le concordat a été annulé ou résolu.

Il en est de même si une personne physique se trouve dans l'incapacité de continuer son activité en raison des déchéances dont elle est frappée, sans préjudice des dispositions de l'article 139-2° ci-dessus.

La décision convertissant le redressement judiciaire en liquidation des biens est soumise aux règles de publicité prévues par les articles 36 à 38 ci-dessus.

Section II Solution de la liquidation des biens

Article 147

Le syndic poursuit seul la vente des marchandises et meubles du débiteur, le recouvrement des créances et le règlement des dettes de celui-ci.

Les créances à long terme du débiteur peuvent faire l'objet de cessions, afin de ne pas retarder les opérations de liquidation, dans les conditions prévues par l'article 148 pour les compromis et transactions.

Les deniers provenant des ventes et des recouvrements sont, sous la déduction des sommes arbitrées par le Juge-commissaire pour le montant des dépenses et des frais, versés immédiatement à un compte spécialement ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor dans les conditions de l'article 45 ci-dessus. Le syndic justifie au Juge-commissaire desdits versements ; en cas de retard, il doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées.

Aucune opposition sur les deniers versés au compte spécial de la procédure collective n'est recevable.

Sous-section I Réalisation de l'actif

(...)

Paragraphe 1 Dispositions communes
à la réalisation des immeubles

(...)

Paragraphe 2 Dispositions
particulières à la vente sur saisie
immobilière

(...)

Paragraphe 3 Dispositions
particulières à la vente d'immeubles
par voie d'adjudication amiable

(...)

Paragraphe 4 Dispositions
particulières à la vente d'immeuble
de gré à gré

(...)

Paragraphe 5 Cession globale d'actif

Article 160

Tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant, éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale.

A cet effet, le syndic suscite des offres d'acquisition et fixe le délai pendant lequel elles sont reçues. Toute personne intéressée peut soumettre une offre d'acquisition au syndic, à l'exclusion des dirigeants de la personne morale en liquidation, des parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au deuxième degré.

Toute offre d'acquisition doit être écrite et préciser, notamment :

1° le prix et ses modalités de paiement ;
au cas où des délais de paiement sont sollicités, ceux-ci ne peuvent excéder douze mois et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire;

2° la date de réalisation de la cession.

Elle est déposée au greffe de la juridiction compétente où tout intéressé peut en prendre connaissance et communiquée au syndic, au Juge-commissaire et au représentant du Ministère Public.

Paragraphe 6 Effets de la réalisation
de l'actif

(...)

Sous-section II Apurement du passif

Article 164

Le Juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition des deniers entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers en soient avertis.

Dès la répartition ordonnée, le syndic adresse à chaque créancier admis, en règlement de son dividende, un chèque à son ordre tiré sur le compte ouvert spécialement à cet effet dans un établissement bancaire ou postal ou au Trésor public.

Article 166

Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués ainsi :

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

2° aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

3° aux créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;

4° aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

5° aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte

uniforme portant organisation des sûretés;

6° aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 6° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Article 167

Les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués ainsi :

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

2° aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date;

3° aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4° aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

5° aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ;

6° aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;

7° aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

8° aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés;

9° aux créanciers chirographaires.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 6°, 7° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent

aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Sous-section III Clôture de l'union

(...)

Section III Clôture pour insuffisance d'actif

(...)

Section IV Clôture pour extinction du passif

(...)

CHAPITRE VI DISPOSITIONS PARTICULIERES AUX DIRIGEANTS DES PERSONNES MORALES

(...)

Section I Comblement du passif

(...)

Section II Extension des procédures collectives aux dirigeants des personnes morales

Article 189

En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :

- exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;
- disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;

- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

La juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette.

Article 190

La juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

(...)

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Actes conservatoires, **272 ; 307**

Actes de gestion courante, **273**

Action directe, **655**

Action en restitution, *v. Restitution*

Action en revendication, *v. Revendication*

AGS, **785**

Arrêt du cours des intérêts, **534**

B

Bail commercial, *v. Délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures*

Banque, *v. Compte*

Biens communs, **296**

Biens indivis, **303**

C

Caisse de dépôt et consignations, **597**

Cession, *v. Plan de cession*

Classement :

- Externe, **711**
- Interne, **777**

Clause de réserve de propriété, **518 ; 662**

Clôture de la procédure collective ; *v. Liquidation Judiciaire / Liquidation des biens*

Compensation, **528**

Compte :

- spécial de la procédure collective, **611 ; 616**
- spécial du concordat, **612**

Concordat, *v. Plan de continuation*

Confusion du patrimoine, *v. Extension de la procédure*

Contrat en cours :

- continuation, **185**
- continués, **808**

Contrat intuitu personae, **204**

Consignation, **599 ; 613**

Créances alimentaires, **444**

Créances chirographaires, **772**

Créances de la vie courante, **394 ; 463**

Crédit-bail, **68 ; 69 ; 661**

D

Débiteur (le rôle du), **226**

Déchéance du terme, **54**

Déclaration d'insaisissabilité, **316**

Déclaration :

- créances postérieures, **681**
- créances postérieures non méritantes, **426**

- créances irrégulières, absence de, **431**

Délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures, **38**

Dessaisissement, **564 ; 583 ; 288**

Droit de préférence :

- variété, **623**
- assiette, **644**

Droit de poursuite individuelle :

- liberté d'exercice, **540 ; 556**
- interdiction et suspension, **555**

Droit de rétention, *v. Rétention*

E

Egalité entre les créanciers, **7**

EIRL, **313**

Entreprenant, *v. Informel*

Eviction des règles de la discipline collective, **533**

Exception d'inexécution, **592**

Exercice des voies d'exécution, **543 ; 557 ; 565**

Exigibilité de la créance, **535**

Extension de la procédure, **49**

F

Faillite, **3**

Fait générateur :

- généralités, **53 ; 55**
- créances contractuelles, **58**

- créances extracontractuelles, **99**

Fictivité, *v. Extension de la procédure*

Fonds disponibles, **499**

I

Informel, **321**

J

Jugement d'ouverture, **36 ; 46**

L

Liquidation des biens / Liquidation judiciaire :

- clôture, **440**
- neutralisation, **537**

Liste des créances postérieures, **692**

Location gérance, **270**

M

Masse des créanciers, **29 ; 396**

O

OHADA :

- historique, **11**
- nature, **12**

Option de l'organe de la procédure collective, **219**

P

Païement à l'échéance :

- nature, **488**
- moment, **521**

Païement par préférence, *v. Droit de préférence*

Période d'observation, **136 ; 153**

Plan de cession, **168 ; 563**

Plan de continuation, **163 ; 560**

Privilège :

- conciliation, **745**
- créances postérieures, **638**
- frais de conservation, **738**
- frais de justice, **732 ; 741**
- salaires, **727**
- subsides, **462**

R-S-T-U

Responsabilité :

- syndic, **522 ; 614**
- administrateur judiciaire, **245**

Restitution, **519**

Rétention, **676**

Revendication :

- paiement à l'échéance, **512**

Séquestre **667**

Superprivilège, **499 ; 633 ; 648**

TVA, **657**

Unité de patrimoine, v. *EIRL*

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	V
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE.....	20
LE PERIMETRE DES CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA	20
TITRE I : LES CRITERES CLASSIQUES DE LA NAISSANCE DES CREANCES POSTERIEURES.....	25
CHAPITRE I : LE CRITERE CHRONOLOGIQUE.....	26
SECTION 1 : LE JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE	27
<i>Paragraphe 1 : La délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures</i>	<i>27</i>
A- L'importance de la date de naissance de la créance.....	28
1) De l'origine à la naissance de la créance en droit français	28
<i>a- L'évolution terminologique</i>	<i>28</i>
<i>b- Les conséquences de l'évolution terminologique.....</i>	<i>29</i>
2) La détermination de la date du jugement d'ouverture	29
<i>a- La date du jugement d'ouverture</i>	<i>30</i>
<i>b- L'incidence de l'extension de la procédure collective sur la détermination de la date du jugement d'ouverture</i>	<i>31</i>
B- L'indifférence de la date d'exigibilité de la créance.....	34
1) L'éviction de la date d'exigibilité de la créance.....	34
2) Le recours au fait générateur de la créance	35
3) La neutralisation de la règle de la déchéance du terme	36
<i>Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures.....</i>	<i>37</i>
A- Le fait générateur des créances contractuelles	39
1) Les conceptions juridiques en présence	39
<i>a- La thèse volontariste</i>	<i>39</i>
<i>b- La thèse économique</i>	<i>39</i>
2) Le choix de la jurisprudence française	40
<i>a- Le contrat de louage d'une chose</i>	<i>40</i>
a-1) Le bail.....	41
a-2) Le crédit-bail	42
<i>b- Le contrat de travail.....</i>	<i>43</i>
b-1) Le sort du contrat de travail	44
b-2) La nature des créances issues du contrat de travail.....	45

c- <i>Le contrat de vente</i>	45
d- <i>Le contrat de prêt</i>	47
e- <i>Le cautionnement</i>	49
f- <i>Le mandat professionnel</i>	51
g- <i>La responsabilité civile contractuelle</i>	52
h- <i>La disparition d'un contrat</i>	53
h-1) <i>L'origine de la restitution</i>	53
h-2) <i>Les dommages et Intérêts</i>	55
B- Le fait générateur des créances extracontractuelles	56
1) <i>Les créances liées à une procédure judiciaire</i>	56
a- <i>La créance de dépens et l'indemnité procédurale</i>	56
b- <i>La créance de dommages et intérêts</i>	57
c- <i>La créance de restitution extracontractuelle</i>	57
2) <i>La créance environnementale</i>	58
3) <i>Les créances envers l'Etat et les organismes sociaux</i>	60
a- <i>Le fait générateur des créances envers les organismes sociaux</i>	60
b- <i>Le cas de la créance fiscale</i>	62
4) <i>La créance délictuelle</i>	64
SECTION 2: LA POURSUITE DE L'ACTIVITE DU DEBITEUR	66
Paragraphe 1 : La période de la continuation de l'activité du débiteur	66
A- La continuation de l'activité du débiteur dans les procédures non liquidatives	66
1) <i>Les règles applicables à la continuation de l'activité du débiteur</i>	67
2) <i>Les conséquences de la continuation de l'activité</i>	68
a- <i>La période d'observation en droit français</i>	69
b- <i>L'absence de période d'observation en droit de l'OHADA</i>	70
B- Le maintien de l'activité du débiteur en phase liquidative	71
1) <i>La nécessaire autorisation de maintien de l'activité du débiteur</i>	71
a- <i>L'autorisation de la juridiction compétente</i>	71
b- <i>La portée de l'autorisation de la juridiction compétente</i>	73
2) <i>Les difficultés empiriques du maintien de l'activité du débiteur</i>	73
a- <i>La période d'observation antérieure à la liquidation judiciaire</i>	74
b- <i>La postdate en droit de l'OHADA</i>	74
b-1) <i>L'objectif de la postdate</i>	75
b-2) <i>La sanction de la postdate</i>	75
Paragraphe 2 : La durée de la continuation de l'activité du débiteur	77
A- La durée de la continuation de l'activité du débiteur dans les procédures non liquidatives	77
1) <i>La durée de la période d'observation en droit français</i>	77
a- <i>La période d'observation initiale</i>	77
a-1) <i>La prorogation de la période d'observation</i>	78
a-2) <i>L'expiration de la période d'observation</i>	79
b- <i>La période d'observation supplémentaire</i>	79

b-1) L'arrêté d'un plan de sauvegarde ou de redressement	80
b-2) L'arrêté d'un plan de cession	82
b-3) La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire	84
2) <i>Les dérives liées au dépassement de la durée de la période d'observation</i>	85
a- <i>Le sort des créances nées après le dépassement de la durée de la période d'observation</i>	85
b- <i>L'absence de sanction du dépassement de la durée de la période d'observation : une porte ouverte au laxisme du débiteur ?</i>	86
b-1) La lenteur du droit français	86
b-2) La célérité du droit de l'OHADA	87
B- La durée du maintien de l'activité autorisée en phase liquidative	89
1) <i>Les règles applicables à la durée du maintien de l'activité autorisée</i>	89
2) <i>La justification de la limitation de la durée du maintien de l'activité autorisée</i>	90
CHAPITRE II : LE CRITERE ORGANIQUE	91
SECTION 1 : LA REGULARITE DES CREANCES NEES DE LA CONTINUATION DES CONTRATS EN COURS	93
<i>Paragraphe 1 : La détermination du contrat en cours</i>	93
A- La notion de contrat en cours	93
B- Les contrats exclus de la continuation des contrats en cours	96
1) <i>La règle de la continuation des contrats en cours</i>	96
2) <i>Les exceptions à la règle de la continuation des contrats en cours</i>	97
a- <i>L'exclusion des contrats expressément prévus par la loi de chaque Etat partie</i>	97
a-1) Une exclusion incompréhensible	97
a-2) Une exclusion injustifiée	98
b- <i>L'exclusion des contrats conclus intuitu personae</i>	99
b-1) Le maintien de l'exclusion des contrats <i>intuitu personae</i> en droit de l'OHADA	99
b-2) Les conséquences de l'exclusion des contrats <i>intuitu personae</i>	101
b-2-1) La continuation des conventions de compte courant en cours .	102
b-2-2) La continuation des contrats de société	103
<i>Paragraphe 2 : L'intervention de l'organe de la procédure collective</i>	106
A- L'exercice de l'option	107
1) <i>Le titulaire de l'option de la continuation des contrats en cours</i>	107
a- <i>Le principe : l'option des organes de la procédure collective désignés</i>	107
a-1) L'organe de la procédure collective concerné par l'option	108
a-2) La différence des organes de la procédure collective concernés par l'option	109
b- <i>L'exception : l'intervention des organes non expressément concernés par l'option</i>	109

b-1) Le débiteur	110
b-2) Le juge-commissaire	111
2) <i>Le délai de l'option de l'organe de la procédure collective</i>	111
a- <i>Le point de départ du délai de mise en demeure</i>	112
a-1) La date de la mise en demeure	113
a-2) La procédure de la mise en demeure	114
b- <i>La décision de l'organe de la procédure collective</i>	115
b-1) Les situations en cause	115
b-2) La manifestation de la volonté de l'organe de la procédure collective	115
b-2-1) L'expression formelle de la volonté	115
b-2-2) L'expression tacite de la volonté	116
B- Les conséquences de l'option de l'organe de la procédure collective ..	118
1) <i>La continuation du contrat en cours</i>	118
a- <i>L'exigence d'une prévision budgétaire</i>	118
b- <i>Le respect des stipulations contractuelles initiales</i>	119
2) <i>La rupture du contrat</i>	121
a- <i>La rupture avant le jugement d'ouverture</i>	122
b- <i>La rupture du contrat après le jugement d'ouverture</i>	122
b-1) L'option de non continuation du contrat en cours	123
b-2) La rupture du contrat après continuation préalable	124
b-3) Les conséquences de la rupture du contrat	125
SECTION 2 : LA REGULARITE DES CREANCES NEES DE LA CONCLUSION DE NOUVEAUX CONTRATS	128
<i>Paragraphe 1 : Dans les procédures non liquidatives</i>	128
A- Les pouvoirs conservés par le débiteur	128
1) <i>L'absence de désignation d'un organe de la procédure collective</i>	129
2) <i>Le rôle du débiteur</i>	129
a- <i>Les actes conservatoires</i>	130
b- <i>Les actes de gestion courante</i>	131
B- Les pouvoirs attribués à l'organe de la procédure collective	134
1) <i>La désignation d'un organe de la procédure collective</i>	134
2) <i>Les missions confiées à l'organe de la procédure collective</i>	136
a- <i>La surveillance du débiteur</i>	136
b- <i>L'assistance du débiteur</i>	136
b-1) La cosignature du débiteur et de l'organe de la procédure collective	137
b-2) Les conséquences de la cosignature	137
c- <i>La représentation du débiteur</i>	139
<i>Paragraphe 2 : Le partage des pouvoirs en phase liquidative</i>	140
A- La nature du dessaisissement	141
1) <i>La tentative de qualification de la notion de dessaisissement</i>	141
a- <i>La catégorie juridique du dessaisissement</i>	141

b- Les conséquences du dessaisissement sur la personne morale.....	143
2) <i>L'impact du dessaisissement : L'éviction du débiteur</i>	144
B- Les limites du dessaisissement	145
1) <i>Les limites communes au droit français et au droit de l'OHADA</i>	146
a- Les biens exclus du dessaisissement du débiteur.....	146
b- Les actions en justice exclues du dessaisissement du débiteur.....	147
2) <i>Les limites spécifiques au droit français et au droit de l'OHADA</i>	149
a- Les limites propres au droit français.....	149
a-1) L'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée.....	149
a-2) La survivance de la déclaration notariée d'insaisissabilité.....	151
b- La limite propre au droit de l'OHADA : la prépondérance du secteur informel.....	152
b-1) L'étendue de la notion de secteur informel.....	152
b-2) L'inapplicabilité des règles du dessaisissement au secteur informel.....	156
CONCLUSION DU TITRE I	161
TITRE II : L'ADJONCTION DE CRITERES SPECIFIQUES D'UTILITE DE LA CREANCE POSTERIEURE	162
CHAPITRE I : LES CRITERES DE LA FINALITE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE	164
SECTION 1 : LE CRITERE DES BESOINS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE.....	167
<i>Paragraphe 1 : Les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective</i>	168
A- Les créances concernées.....	168
B- Le périmètre des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure collective.....	169
1) <i>L'apport de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	169
2) <i>Les émoluments des professionnels</i>	170
<i>Paragraphe 2 : Les créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite provisoire de l'activité</i>	172
A- Les créances concernées.....	172
1) <i>La nature de la créance</i>	172
a- La créance contractuelle.....	172
b- La créance délictuelle.....	174
2) <i>Le moment de la naissance de la créance</i>	174
a- La période d'observation en sauvegarde et en redressement judiciaire.....	175
b- La période de poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire.....	175
B- Le périmètre des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire.....	176

1) <i>Les créances sociales et fiscales</i>	176
a- <i>Les créances sociales</i>	177
b- <i>Les créances fiscales</i>	177
2) <i>Le cas de la créance environnementale</i>	179
SECTION 2 : LE CRITERE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE DU DEBITEUR	180
<i>Paragraphe 1 : Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur</i>	180
A- La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur	181
1) <i>L'acception du critère</i>	181
2) <i>Les prestations concernées</i>	182
a- <i>La notion de prestation</i>	182
b- <i>L'éviction des créances délictuelles</i>	183
B- Le lien entre la prestation fournie et l'activité du débiteur	184
1) <i>Avant la loi de sauvegarde des entreprises</i>	184
a- <i>La situation</i>	184
b- <i>Les conséquences de la situation</i>	185
2) <i>Depuis la loi de sauvegarde des entreprises réformée</i>	185
a- <i>L'apport de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	185
b- <i>Les conséquences de la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	187
b-1) <i>La confusion occasionnée</i>	187
b-2) <i>La situation des créances de la vie courante</i>	188
b-3) <i>L'expiration de la période de maintien de l'activité en liquidation judiciaire</i>	189
<i>Paragraphe 2 : Le profit de la créance à la masse des créanciers</i>	190
A- Le profit, mode de sélection entre les créances de la masse	192
1) <i>La nature du critère de profit à la masse des créanciers</i>	192
a- <i>Le rôle du profit</i>	192
a-1) <i>Les objectifs du profit</i>	192
a-2) <i>Le rapprochement au droit français actuel</i>	193
b- <i>Un enrichissement de la masse des créanciers</i>	193
2) <i>L'application pratique du critère du profit de la créance à la masse des créanciers</i>	193
a- <i>L'apport de la jurisprudence française</i>	194
b- <i>Le sort de la créance dénuée de profit à la masse</i>	195
B- L'absence de profit, frein à l'homologation du concordat judiciaire ..	196
1) <i>L'apparition du problème</i>	196
2) <i>La tentative de résolution du problème</i>	197
a- <i>La transposition de la solution française</i>	197
b- <i>La recherche d'une solution spécifique au droit de l'OHADA</i>	198
CHAPITRE II : L'INFLUENCE RELATIVE DES CRITERES DE NAISSANCE DE LA CREANCE POSTERIEURE SUR CERTAINES CREANCES	200
SECTION 1 : LES CREANCES EXCLUES DE LA PROCEDURE COLLECTIVE	201

Paragraphe 1 : Les créances postérieures non méritantes	201
A- Les créances concernées	201
1) <i>L'absence de traitement préférentiel</i>	201
2) <i>La règle applicable en droit français</i>	202
B- Le sort des créances postérieures non méritantes	202
1) <i>Le traitement différencié</i>	202
2) <i>Le traitement différencié favorisé par le recours à la situation des créances antérieures</i>	204
a- <i>L'application des règles rigoureuses de la procédure collective</i>	205
b- <i>La problématique de l'existence des créances postérieures non méritantes</i>	206
Paragraphe 2 : Les créances postérieures irrégulières	207
A- La nature des créances postérieures irrégulières	207
1) <i>La distinction avec les créances postérieures non méritantes</i>	207
2) <i>Le contenu des créances postérieures irrégulières</i>	208
B- Le sort des créances postérieures irrégulières	209
1) <i>Des créances inopposables à la procédure collective</i>	209
a- <i>L'absence de déclaration au passif</i>	209
b- <i>L'absence d'application des autres règles de la procédure collective</i>	210
2) <i>Les conséquences de la clôture de la procédure liquidative</i>	210
SECTION 2 : LES CREANCES INDIFFERENTES A LA PROCEDURE COLLECTIVE	213
Paragraphe 1 : Le sort des créances alimentaires	213
A- L'évolution du régime des créances alimentaires	214
B- L'application du régime des créances alimentaires	215
1) <i>En droit français</i>	215
a- <i>Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises non réformée</i>	216
b- <i>Depuis l'ordonnance de réforme de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	217
b-1) <i>L'éviction de la déclaration au passif</i>	217
b-2) <i>Le maintien du paiement spontané</i>	218
b-3) <i>Le maintien du droit de poursuite individuelle</i>	219
b-3-1) <i>L'absence de paiement spontané</i>	219
b-3-2) <i>La participation aux répartitions</i>	221
2) <i>En droit de l'OHADA</i>	223
a- <i>La procédure simplifiée de recouvrement des créances d'aliments</i>	223
b- <i>Le privilège des subsides fournis au débiteur</i>	223
Paragraphe 2 : Les créances de la vie courante	224
A- Le domaine des créances de la vie courante	224
1) <i>Le silence du législateur de l'OHADA</i>	224
2) <i>La reconnaissance du législateur français</i>	225
B- Le régime des créances de la vie courante	225
1) <i>Avant la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	225
2) <i>Depuis l'ordonnance réformant la loi de sauvegarde des entreprises</i>	226

a- <i>Les modifications apportées sur le sort des créances de la vie courante</i>	226
b- <i>La question du maintien du paiement de la créance de la vie courante</i>	228
CONCLUSION DU TITRE II.....	230
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	231
DEUXIEME PARTIE	233
LE REGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX CREANCES POSTERIEURES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT DE L'OHADA.....	233
TITRE I : LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE.....	236
CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE.....	237
SECTION 1 : LA NATURE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE DES CREANCES POSTERIEURES	238
<i>Paragraphe 1 : Le paiement des créances postérieures : un paiement de droit commun ?.....</i>	238
A- <i>La nuance terminologique</i>	238
B- <i>La notion de paiement conforme aux stipulations contractuelles.....</i>	240
<i>Paragraphe 2 : Le champ d'application du paiement à l'échéance des créances postérieures</i>	242
A- <i>Le paiement des créances postérieures sur les fonds disponibles</i>	242
1) <i>L'indisponibilité des fonds affectés au paiement du superprivilège des salaires</i>	242
a- <i>L'obligation de paiement du superprivilège des salaires</i>	243
b- <i>L'indisponibilité des premières rentrées de fonds</i>	244
2) <i>La détermination des fonds destinés au paiement des créances postérieures</i>	246
B- <i>L'exclusion du paiement sur les biens affectés au paiement d'autres créances.....</i>	249
1) <i>L'exclusion générale du paiement sur les biens objets d'une revendication</i>	250
a- <i>La mise en œuvre de l'action en revendication.....</i>	250
b- <i>La neutralisation de l'action en revendication</i>	254
2) <i>L'exclusion spéciale du paiement sur les biens vendus avec clause de réserve de propriété</i>	255
a- <i>Les conditions de validité de la clause de réserve de propriété</i>	255
b- <i>La neutralisation de l'action en revendication du bien</i>	259
SECTION 2 : LE MOMENT DU PAIEMENT A L'ECHEANCE DES CREANCES POSTERIEURES	260
<i>Paragraphe 1 : Le caractère immédiat du paiement des créances postérieures</i>	260
A- <i>L'absence de délai de paiement.....</i>	261
	479

B- Le jeu de la compensation.....	262
<i>Paragraphe 2 : L'absence de période prédéfinie de paiement des créances postérieures</i>	264
A- La neutralisation des règles de la discipline collective	264
1) <i>L'inopposabilité des règles interdisant le paiement en cours de procédure</i>	264
2) <i>L'inopposabilité de l'exigibilité des créances non échues</i>	266
B- La neutralisation des effets de la procédure liquidative	267
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGLE PRINCIPALE DU PAIEMENT A L'ECHEANCE : LE DROIT DE POURSUITE DES CREANCES POSTERIEURES.....	269
SECTION 1 : L'ADAPTATION DU DROIT DE POURSUITE INDIVIDUELLE A LA SITUATION DU DEBITEUR	270
<i>Paragraphe 1 : L'obtention d'un titre exécutoire</i>	270
A- Les exigences préalables à l'obtention du titre exécutoire.....	271
1) <i>La qualité du poursuivant</i>	272
a- <i>Les créanciers postérieurs admis à poursuivre le débiteur</i>	272
b- <i>Les créanciers postérieurs non admis à poursuivre le débiteur</i>	273
b-1) Les créanciers postérieurs exclus du droit de poursuite individuelle	274
b-2) Le sort des créances postérieures exclues du droit de poursuite individuelle	275
2) <i>La forme de l'action du créancier poursuivant</i>	276
B- La procédure d'obtention du titre exécutoire.....	278
1) <i>L'exercice de l'action du créancier postérieur</i>	278
a- <i>Dans les procédures collectives non liquidatives</i>	278
a-1) Avant l'arrêté d'un plan ou l'homologation du concordat	279
a-2) Après arrêté d'un plan ou l'homologation du concordat.....	280
b- <i>Dans les procédures collectives liquidatives</i>	283
2) <i>Le tribunal compétent</i>	283
<i>Paragraphe 2 : L'exécution du titre exécutoire</i>	285
A- Les exigences de l'exécution du titre exécutoire	286
1) <i>L'existence d'un titre exécutoire nominatif</i>	286
2) <i>L'inopposabilité de l'ordre des privilèges</i>	287
B- L'exercice de la saisie	288
1) <i>La saisie conservatoire</i>	289
a- <i>La spécificité de la saisie conservatoire</i>	290
b- <i>La notification de la saisie conservatoire</i>	291
2) <i>La saisie-attribution</i>	293
a- <i>La détermination du tiers saisi</i>	293
a-1) Dans les procédures collectives non liquidatives	294
a-2) Dans les procédures collectives liquidatives	296
b- <i>La notification de la saisie-attribution</i>	296
	480

b-1) La signification de la saisie-attribution	297
b-2) La dénonciation de la saisie	298
3) <i>L'exception d'inexécution</i>	299
SECTION 2 : LA LIMITATION DU DROIT DE LA POURSUITE INDIVIDUELLE PAR LA	
SITUATION DU DEBITEUR	301
<i>Paragraphe 1 : Les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations..</i>	<i>301</i>
A- La situation sous l'empire de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985	301
1) <i>L'obligation de consignation</i>	301
2) <i>L'interdiction de toute opposition</i>	302
a- <i>L'évolution de la notion d'opposition</i>	302
b- <i>L'illégalité de l'interdiction de toute opposition</i>	303
B- La situation depuis 18 septembre 2000	305
1) <i>L'influence de la codification</i>	305
2) <i>La situation actuelle</i>	306
<i>Paragraphe 2 : Les sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective</i>	<i>307</i>
A- Le dépôt des sommes sur le compte spécial de la procédure collective	307
1) <i>L'obligation de dépôt sur un compte spécial</i>	308
2) <i>La sanction du défaut de dépôt sur le compte spécial</i>	309
B- Le sort des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective	310
1) <i>L'administration du compte spécial de la procédure collective</i>	310
2) <i>La relative indisponibilité des sommes déposées sur le compte spécial de la procédure collective</i>	311
CONCLUSION DU TITRE I.....	315
TITRE II : LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE	316
CHAPITRE I : L'EXPOSE DE LA REGLE SUBSIDIAIRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE	318
SECTION 1 : LA NATURE DE LA CAUSE DE PREFERENCE DES CREANCES POSTERIEURES	319
<i>Paragraphe 1 : La variété du droit de préférence des créances postérieures.....</i>	<i>319</i>
A- La cause de préférence des créances postérieures : une priorité ou un privilège ?	319
1) <i>La différence terminologique</i>	319
2) <i>La cause de préférence retenue par le législateur</i>	320
a- <i>Le choix de l'AUPC</i>	320
a-1) La source du choix de la cause de préférence	320
a-2) La qualification de la cause de préférence	321
b- <i>Le choix de la loi de sauvegarde des entreprises</i>	324
B- La conséquence du choix de la cause de préférence	325
<i>Paragraphe 2 : L'assiette du droit de préférence des créances postérieures</i>	<i>328</i>

A- Les biens compris dans l'assiette du droit de préférence des créances postérieures.....	328
1) <i>La tentative de détermination des biens concernés</i>	<i>329</i>
2) <i>L'applicabilité du principe de la subsidiarité.....</i>	<i>330</i>
B- Les biens exclus de l'assiette du droit de préférence des créances postérieures.....	331
1) <i>Les biens non entrés dans le patrimoine du débiteur</i>	<i>332</i>
a- <i>L'exercice de l'action directe.....</i>	<i>332</i>
a-1) <i>La mise en œuvre de l'action directe.....</i>	<i>332</i>
a-2) <i>Le mécanisme de la Taxe sur la Valeur Ajoutée.....</i>	<i>333</i>
b- <i>La propriété conservée.....</i>	<i>333</i>
b-1) <i>Le crédit-bail</i>	<i>334</i>
b-2) <i>La réserve de propriété.....</i>	<i>337</i>
2) <i>Les biens sortis du patrimoine du débiteur</i>	<i>338</i>
a- <i>Les biens aliénés</i>	<i>338</i>
b- <i>Les biens mis sous séquestre</i>	<i>339</i>
b-1) <i>La procédure collective du vendeur</i>	<i>339</i>
b-2) <i>La procédure collective du séquestre</i>	<i>342</i>
3) <i>Les biens retenus hors du patrimoine du débiteur</i>	<i>343</i>
SECTION 2 : LA CONSERVATION DE LA CAUSE DE PREFERENCE DES CREANCES POSTERIEURES	348
<i>Paragraphe 1 : L'obligation d'information de l'organe de la procédure collective</i>	<i>348</i>
A- La nature juridique de l'obligation d'information de l'organe de la procédure collective	348
1) <i>Le rapport entre la déclaration des créances antérieures et la production des créances postérieures</i>	<i>349</i>
2) <i>L'utilité de l'obligation d'information</i>	<i>350</i>
B- L'exercice de l'obligation d'information de l'organe de la procédure collective.....	350
1) <i>L'exécution de l'obligation d'information.....</i>	<i>351</i>
2) <i>Le défaut de production de la créance postérieure.....</i>	<i>354</i>
<i>Paragraphe 2 : La liste des créances postérieures méritantes non payées.....</i>	<i>355</i>
A- L'obligation d'établissement d'une liste des créances postérieures.....	355
1) <i>La justification de l'obligation d'établissement de la liste des créances postérieures.....</i>	<i>355</i>
2) <i>L'exécution de l'obligation.....</i>	<i>357</i>
B- Le contentieux de la liste des créances postérieures.....	358
1) <i>La contestation</i>	<i>358</i>
a- <i>L'exercice de la contestation</i>	<i>359</i>
b- <i>Les conséquences du rejet de la créance postérieure</i>	<i>360</i>
2) <i>L'omission</i>	<i>361</i>

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DU PAIEMENT PAR PREFERENCE : LE CLASSEMENT DES CREANCES POSTERIEURES..... 362

SECTION 1 : LES CREANCES POSTERIEURES DANS LE CLASSEMENT GENERAL DES CREANCIERS..... 364

Paragraphe 1 : Le classement favorable des certains privilèges de la procédure collective..... 369

A- Le superprivilège des salaires..... 369

1) Le domaine du superprivilège des salaires 371

a- La garantie concernée par le superprivilège des salaires 371

a-1) Le salaire garanti par le superprivilège des salaires 371

a-2) Le plafond de la garantie du superprivilège des salaires 374

b- La différence avec le privilège des salaires 376

b-1) Les créances privilégiées de salaire 377

b-2) La détermination du rang du privilège des salaires..... 378

2) Le rang du superprivilège des salaires 379

B- Les autres privilèges de la procédure collective..... 379

1) Le privilège des frais de justice..... 379

a- Les frais de justices concernés 380

a-1) Les frais de justice 380

a-2) Les frais de conservation 383

a-3) Les frais de justice exclus..... 385

b- Le rang du privilège des frais de justice 386

2) Le privilège de la conciliation..... 388

a- Le domaine du privilège de la conciliation..... 389

a-1) La naissance du privilège de la conciliation..... 389

a-2) La portée du privilège..... 392

b- Le rang du privilège de la conciliation 394

Paragraphe 2 : Le classement relativement favorable des créances postérieures 394

A- Les autres créanciers supplantant le créancier postérieur 395

1) Le créancier détenteur d'une sûreté immobilière 395

a- Les sûretés immobilières concernées 395

b- Le rang des sûretés immobilières..... 396

2) Le créancier détenteur d'une sûreté mobilière ou assimilée..... 396

a- Les sûretés mobilières concernées 396

b- Le rang des sûretés mobilières..... 399

B- Le rang du créancier postérieur..... 400

1) Le classement du créancier postérieur selon la procédure ou le bien réalisé..... 400

2) Les créanciers primés par le créancier postérieur..... 401

a- Les créanciers munis de privilèges généraux 401

a-1) Le rang principal des créanciers munis de privilèges généraux 401

a-2) Le classement interne des privilèges généraux 401

b- Les créances chirographaires	403
b-1) Le sort des créances chirographaires.....	403
b-2) L'emprise théorique du classement général des créanciers de la procédure collective	404
SECTION 2 : LE CLASSEMENT ENTRE LES CREANCES POSTERIEURES	406
<i>Paragraphe 1 : Le classement des créances contractuelles</i>	<i>407</i>
A- Les créances issues d'un contrat de travail	407
1) Les créances salariales dont le montant a été avancé par l'AGS	407
a- Les sommes dues à l'ouverture d'une procédure collective	409
a-1) Les sommes dues en période d'observation	409
a-2) Le prononcé de la liquidation judiciaire.....	410
b- Les autres créances salariales dues par l'AGS.....	411
c- Les avances de l'AGS sur le montant des créances salariales	412
c-1) Les conditions des avances de l'AGS	412
c-2) Le remboursement des avances de l'AGS.....	412
2) Les créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS	413
a- Les créances salariales non avancées par l'AGS	413
b- Le rang des créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS	414
B- Les créances issues d'un contrat conclu ou continué après le jugement d'ouverture	414
1) Les contrats concernés	414
a- Les contrats de prêt	414
b- Les contrats continués	415
2) Le rang des créances issues des contrats concernés.....	416
<i>Paragraphe 2 : Les autres créances selon leur rang.....</i>	<i>416</i>
A- Le classement principal des autres créances selon leur rang	416
B- Le classement subsidiaire des autres créances selon leur rang	417
1) Les créances postérieures assorties d'un privilège général.....	417
2) Les créances postérieures assorties d'un privilège spécial.....	418
CONCLUSION DU TITRE II.....	419
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	420
CONCLUSION GENERALE	421
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	426
ANNEXES	451
INDEX ALPHABETIQUE	469
TABLE DES MATIERES.....	472

Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)

Les créanciers sont la clé de voûte de l'activité de l'entreprise. En cela, ils demeurent le partenaire naturel et primordial de l'exercice de l'activité de l'entreprise. Cette situation est valable indifféremment pour les entreprises *in bonis* et pour celles qui sont tombées sous le coup d'une procédure collective. Aussi bien en droit français, dans le cadre du livre VI du Code de commerce, qu'en droit de l'OHADA, sous l'impulsion de l'AUPC, les créances postérieures sont celles qui permettent à l'entreprise en difficulté de tenter d'éviter le marasme financier qu'elle rencontre. En effet, les créanciers postérieurs sont ceux qui ont accepté de conclure un partenariat avec l'entreprise en difficulté aux fins de financer la poursuite ou le maintien de l'activité nécessaire à la recherche d'une solution durable. Pour parvenir à comprendre et à analyser le sort des créances postérieures dans les deux systèmes juridiques objet de l'étude, il a fallu répondre à deux questions principales dotées d'une technicité certaine à savoir, d'une part, ce qu'est une créance postérieure et d'autre part, la manière dont elle est traitée par le droit des entreprises en difficulté. La réponse à ces deux questionnements a permis de faire ressortir les ressemblances et les divergences entre le droit français et le droit de l'OHADA quant au sort des créances nées du partenariat postérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Mots-clés : *Créances – Créanciers – Fait générateur – Paiement à l'échéance – Paiement par préférence – Privilège – Superprivilège – Sûretés.*

The fate of posterior debt in French and OHADA's law.

Creditors are the keystone of the firm's activity. Indeed, they are still being the natural and primordial partner of the firm's activity. This situation is valid similarly for *in bonis* Firms and for those which fell out bankrupt. According to French law, in the 6th book of the commercial law, and Organization for Harmonization of Business Law in Africa (OHADA)'s system, at the instigation of the uniform act on bankruptcy (AUPC), posterior creditors are those who enable ailing firm to eliminate financial stagnation. In the same time, posterior creditors are those who accepted to finalize a partnership with the firm in trouble, instead of its difficulties, so as to finance activity's pursuit or to support to gain a sustainable solution. To understand and to analyze the fate of posterior creditor in both studying legal systems, it has been necessary to answer two main questions endowed with a certain technical nature. Firstly, what is a posterior debt? And secondly, how are posterior creditors treated by bankruptcy law? Answering to those questions took out likenesses and divergences between French law and OHADA's system as for the fate of posterior debt born in the later partnership establishes subsequently to the judgment of opening of bankruptcy.

Keywords: *Creditors – Debt – Due date – Generative fact – Partners of the firm – Payment in expiry date – Payment by priority – Privilege – Superprivilege – Security.*